HDI
HL 3NHM H

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

I. Delle leggi in generale.
II. Della cittadinanza e dei diritti civili.
III. Del domicilio civile e della residenza.
IV. Dell'assenza.
V. Della parentela e dell'affinità.
VI. Del matrimonio e della separazione.

Digitized by Google

ALTRE OPERE PUBBLICATE
DALL'AVV. PROF. GIUSEPPE SAREDO.

PRINCIPII DI DIRITTO COSTITUZIONALE, 4 volumi in 8° gr. — Parma, 1862, presso P. Grazioli, tip. editore L. 16 00
DOVERI DELL'UOMO, un volume — Parma . . . . » 00 50
DOVERI DEL CITTADINO, un volume — Parma . . » 1 30
LA LIBERTÀ DELLA DIFESA NELLE CAUSE PENALI, *appunti di diritto costituzionale* . . . . . » 00 50
DU PRINCIPE DES ALLIANCES INTERNATIONALES, *lettres politiques à M. le Comte de Cavour* — Chambery 1860 » 1 60
LA VITA LOCALE IN ITALIA, — Siena. . . . . » 1 00
PROUDHON, LA SUA VITA E LE SUE OPERE, — Torino.

IN CORSO DI STAMPA

TRATTATO DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

I. Della filiazione.
II. Dell'adozione.
III. Della patria potestà.
IV. Della tutela e dell'emancipazione.
V. Della interdizione e dell'inabilitazione.
VI. Atti dello stato civile.

Digitized by Google

TRATTATO

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

PER

L'AVV. GIUSEPPE SAREDO

Professore di Codice civile nella R. Università di Siena

Scire leges non est verba earum tenere,
sed vim ac potestatem.
(CELSO, Dig. L. I, lit. III, 17)

FIRENZE
TIPOGRAFIA EDITRICE DELL'ASSOCIAZIONE
Via Valfonda, 79.

1869

Digitized by Google

Proprietà letteraria.

2/7/24.

Digitized by Google

AVVERTENZA

Chiunque pubblica un libro ha il dovere di significare qual è lo scopo che si propone. Dirò adunque che nello scrivere un nuovo trattato di diritto civile ho inteso tentare ciò che finora non mi parve sia stato ancor fatto in Italia; cioè, una spiegazione chiara, ordinata e quasi elementare della nostra legislazione privata, rimanendo nel tempo stesso fedele ai più severi dettami della scienza giuridica. Ho mirato, in una parola, a soddisfare quella classe di persone a cui sono difficili i primi passi nello studio delle scienze legali. Questo è lo scopo che mi sono proposto: il pubblico dirà se lo ho raggiunto.

Debbo aggiungere una dichiarazione; ed è che come insegnante e come scrittore ho sempre considerato debito mio di preoc-

Digitized by Google

cuparmi non solo di ciò che è, ma altresì di ciò che dev'essere. Nello spiegare quindi il Codice civile, colla parola e colla penna, io non mi sono mai chiuso nella infeconda e servile ammirazione del testo scritto, ma l'ho esaminato coscienziosamente, applicandovi la critica, lodando ciò che mi parve conforme alla giustizia e alla scienza, e condannando ciò che giudicai fosse ad esse contrario. Ho chiesto a ogni disposizione legislativa le sue ragioni, ad ogni dottrina i suoi titoli: non ho concesso la mia adesione se non a ciò che rispondeva alle esigenze della mia coscienza di giurista.

So che v'ha taluno a cui l'idea di parlare ai giovani come ad uomini fa paura: e vorrebbero che dalla cattedra ufficiale fosse bandita ogni libertà di esame, perchè facile ad esaltare le menti. Ma si dimentica, anzitutto, che questi giovani usciranno domani dalle nostre scuole per divenire magistrati, amministratori pubblici, avvocati: si dimentica in secondo luogo che, ottenuta la laurea, essi avranno compiuto l'intero corso delle discipline legali che si

Digitized by Google

richiedono loro, e che, quindi, essi entrerebbero nella vita civile ignari dei più importanti problemi della scienza giuridica. Ove questo sistema prevalesse, la coltura e l'incremento della scienza stessa perderebbero l'ultimo asilo che loro rimane, l'Università, la quale diverrebbe in tal guisa una officina di legulei. E sia pure: ma allora si cancellino le parole: *istruzione superiore:* e s'imiti la China, ove s'insegna una falsa astronomia, sapendola falsa, perchè così vogliono i regolamenti, e così insegnano gli autori classici.

Per parte mia, ho sempre inteso diversamente il mio còmpito. Lungi dall'imporre ai giovani il culto pedantesco della lettera scritta, li ho sempre eccitati a penetrarne lo spirito; ho sempre insistito energicamente perchè pensassero da sè, esaminassero testi legislativi e sistemi, giudicassero col loro criterio le dottrine del professore, le accettassero o le combattessero, secondo che la loro coscienza suggeriva loro. E non è senza orgoglio che posso dichiarare di aver sempre ottenuto ottimi risultati da questo sistema.

Digitized by Google

Che tale sia lo spirito da cui deve essere informato l'insegnamento delle leggi lo hanno sempre compreso i giureconsulti più autorevoli che onorano la scienza: mi basterà citare fra i molti F. Taulier, il quale nella sua *Théorie raisonnée du Code Civil* così significava il cómpito del professore di diritto:

« Le professeur explique: et comment expliquer, sans jamais critiquer? Comment abdiquer ce droit sans jeter ceux qui étudient dans les perplexités dont ils ont à demander compte à celui qui leur doit clarté et vérité? D'ailleurs qui exprimera des idées nouvelles, qui jettera des aperçus ignorés dans le domaine de la science, si ce n'est l'homme d'enseignement et de doctrine? Enfin, la critique aide le progrès. — Bien plus, elle le protège, car elle l'éclaire. »

Belle e vigorose parole, alle quali deve sottoscrivere chiunque ha l'onore di salire una cattedra, e comprende in tutta la sua gravità il santissimo ufficio del professore.

Quanto al Codice civile che sono incaricato di spiegare, nessuno più di me ne riconosce i pregi, o saluta più sinceramente

Digitized by Google

in esso la legislazione più progressiva d'Europa. Ma è opera umana anch'esso: e, sotto molti aspetti, è rimasto troppo al disotto di quanto si avea diritto di aspettarsi dagli eminenti giureconsulti cui lo dobbiamo.

Quali siano le lacune, i vizi e gli errori che esso contiene, lo dirò mano mano che ne verrà l'occasione. Mi ristringo ora ad accennarne alcuni: e sono, anzitutto, l'erronea divisione delle materie, non ordinate metodicamente; dal che viene, per esempio, che troviamo disperse in molti luoghi diversi le regole relative alla stessa materia; — la ripetizione frequente ed inutile di principii o di disposizioni; — una inesattezza tale di definizioni che ci ricorda quanto avesse ragione Giavoleno, quando diceva che *omnis definitio in jure civili periculosa est:* — non poche materie omesse, per giudicare l'importanza delle quali basterà il dire che non si tenne conto alcuno delle osservazioni fatte da quel potente ingegno di Pellegrino Rossi sulle lacune che lo sviluppo economico della società moderna trovava nel Codice Napoleone e in quelli che lo presero a modello; — le contrad-

Digitized by Google

dizioni così numerose in cui cade; — la mancanza di logica che si nota, per esempio, nella quistione del matrimonio, che dopo essere stato richiamato alla civil potestà come un contratto, fu privato del suo carattere essenziale, che è lo scioglimento per uno dei motivi che sciòlgano ogni altro contratto; — l'interdizione, così iniqua, della ricerca della paternità; — l'obbligo dell'autorizzazione maritale alla moglie, condannato dalla giustizia e dal buon senso, e già respinto dai progetti Miglietti e Pisanelli; — l'erroneo concetto che ci dà del così detto diritto di accessione, e le conseguenze che ne derivano; — la proibizione di molti contratti non contrari nè all'ordine pubblico, nè ai buoni costumi; — l'assurdità della rescissione della vendita d'immobili per lesione; — della rivocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli... Ma sarebbe troppo lunga la lista delle riforme che il nostro Codice esige, molte delle quali — strano a dirsi! — sono già vecchie per altre legislazioni, fra le quali basterà citare il Codice austriaco, così ingiustamente trascurato dai nostri legislatori.

Digitized by Google

Esaminando adunque il nostro Codice, avrò molto a lodare; ma non poco altresì da censurare: e quando ciò occorra, lo ripeto, parlerò con piena libertà di giudizio. Insegnante in paese libero, mancherei al più stretto de'miei doveri se non esercitassi il diritto di giudicare con aperta franchezza instituzioni e sistemi. Nè m' inquieta il timore di coloro cui pare che la società crolli dalle sue fondamenta se si osa trovare imperfetto un articolo di legge o un capoverso di regolamento. E a chi mi accusasse di ardimento soverchio o trovasse insufficiente l'autorità di quel forte intelletto che è il Taulier, rammenterò una sentenza solenne di uno dei più eminenti giureconsulti del nostro secolo, a cui nessuno darà l'imputazione di troppo radicale o rivoluzionario; parlo di Troplong, il quale, nel suo eccellente trattato della *Prescrizione* scriveva le seguenti parole, che raccomando ai prudenti ed ai pusilli:

« Il est du devoir de la critique de protester
» contre les erreurs du législateur, surtout
» lorsqu'elles blessent le notions fondamen-
» tales du droit (PRESCRIPTION, 24) ».

Digitized by Google

Con queste parole dell'illustre giureconsulto francese metto termine alle brevi spiegazioni, che ho creduto necessarie, affinchè si sappia fin da principio qual'è lo spirito che mi ha guidato nel mio lavoro.

Siena, 3 febbraio 1868.

GIUSEPPE SAREDO.

Digitized by Google

LEZIONE I.

DELLA LEGISLAZIONE IN GENERALE

1. Dello Stato.

I popoli che hanno raggiunto un certo grado d'incivilimento costituiscono delle società naturali che si dicono *Stati:* Stato è ogni società governata da un solo potere sovrano. Popoli di lingua, storia, origini e nazioni diverse possono formare un solo Stato; esempio, gli Imperi Austriaco, Russo e Ottomano: e una sola nazione può essere divisa in diversi Stati, talora per forza, come l'Italia per tanti secoli, o per elezione, come gli Stati Uniti prima della guerra civile.

Ciò che costituisce quindi l'esistenza e la personalità dello Stato è l'unità di Governo, la quale reca presto o tardi l'unità delle leggi.

2. Del Governo.

Ogni associazione d'uomini, grande o piccola, pubblica o privata, qualunque sia lo scopo che si propone, ha bisogno di chi la presieda e la diriga. Elegge dunque nel suo seno uno o più soci a cui affida la dire-

Digitized by Google

zione o il governo degli affari comuni. Ed è precisamente ciò che fa la grande associazione politica che si chiama Stato: essa elegge, e qualche volta subisce per forza, chi la governa.

Stato senza Governo, e Governo senza Stato sono due idee inconciliabili; l'uno implica l'altro. Ma il dovere, la ragione d'essere di chi governa è di far gli affari dello Stato, di provvedere agli interessi comuni dei governati.

La vera nozione del governo è dunque molto semplice e chiara: esso è il mandatario dei cittadini. Qualunque sia la forma delle istituzioni politiche di uno Stato, chi sta a capo della cosa pubblica è — per servirci della parola così spesso usata in Inghilterra — il servitore della nazione.

Ma in che maniera il governo adempie l'ufficio suo? E quali sono i suoi doveri?

La maniera è diversa, secondo le istituzioni vigenti presso ciascun popolo; i suoi doveri si possono riassumere in poche parole: — Egli deve far regnare la giustizia nei rapporti sociali, guarentire a ciascuno l'esercizio de' suoi diritti, provvedere alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, e togliere gli ostacoli che si oppongono al legittimo sviluppo dell'attività individuale. E questo còmpito lo raggiunge col fare le leggi e col vegliare alla loro esecuzione mediante l'opera dei tribunali, degli ufficiali amministrativi e della forza pubblica.

I nomi e i titoli degli individui che siedono al governo sono diversi, benchè vengano sottosopra a significare la stessa cosa: Re, Imperatori, Presidenti, Duchi, Principi, Consoli, Dittatori, Ministri, ec. sono oggi i più comuni, o lo furono in passato, specialmente in

Digitized by Google

Europa. L'estensione della loro autorità, come il modo con cui ne sono investiti, varia secondo i tempi, i paesi, i gradi di civiltà, le occasioni, e simili. Qua sono eletti dal suffragio universale delle popolazioni: altrove hanno occupato il comando colla violenza, o col tacito consenso dei governati: sovente è loro trasmesso per eredità. Ma qualunque sia il modo con cui hanno acquistato il possesso dell'autorità, essi l'adoperano a dirigere e ad amministrare lo Stato, o, per parlare in modo più preciso, a far leggi, ad applicarle e a farle eseguire.

3. Delle leggi naturali.

Ma che s'intende per leggi? Esaminiamole nei loro diversi significati.

In ogni Stato troviamo delle famiglie costituite, delle proprietà divise e distinte, dei rapporti personali e reali esistenti fra gli individui che lo compongono. Le famiglie, le proprietà e i rapporti sono più o meno bene ordinati, secondo il grado di civiltà che ha raggiunto lo Stato; ma nei loro elementi essenziali si rassomigliano e sono identici dappertutto.

E la ragione è evidente. Le condizioni di esistenza, di riproduzione e di sviluppo delle società umane sono le stesse in tutte le parti del globo. La famiglia e la proprietà nascono, si costituiscono e si perfezionano nel seno di un popolo, non già perchè così piace a chi lo governa, ma perchè gli uomini sotto l'impulso dei loro bisogni, ammaestrati continuamente dall'esperienza, cercano il loro meglio, imparando a loro spese a evitare ciò che reca lor male, e a praticare ciò che è fonte di benessere per loro.

Digitized by Google

Non trovano sempre il bene, nè lo trovano subito, nè tutti. Ma quando si conformano alle vere condizioni che la natura ha stabilito per la loro prosperità, essi si sviluppano e progrediscono: quando le disconoscono o le violano, allora decadono, o rimangono stazionarii, o progrediscono con lentezza. Così insegna la storia di tutti i popoli, antichi e moderni; per cui dall'esame delle loro instituzioni e dei loro costumi si può spiegare con sicurezza la causa della loro decadenza o della loro prosperità.

Nella stessa maniera adunque che vi sono delle condizioni naturali che presiedono alla vita di tutti gli esseri organici, tanto vegetali quanto animali, così ve ne sono che presiedono alla vita dei popoli. Nessuno le può annientare o mutare, perchè esistono ed agiscono indipendentemente dalla nostra volontà. Ma noi possiamo studiarle per conoscerle e dirigerle a nostro profitto. I governi e i popoli intelligenti le osservano, le utilizzano: essi progrediscono: — i popoli incolti e rozzi le ignorano, le offendono: essi ne traggono barbarie e miseria.

Queste condizioni regolatrici della vita dei popoli si chiamano *leggi naturali*. E giustamente, perchè sono le leggi a cui la natura ha assoggettati gli uomini, e a cui essi devono ubbidire, sotto pena d'inevitabile espiazione. *Naturae*, ha detto Bacone, *nisi parendo non imperatur*, e questa verità si applica tanto alle scienze fisiche come alle scienze morali.

4. Delle leggi positive.

Ma queste leggi naturali le conoscono tutti? Vi si conformano tutti? L'esperienza ci prova che no. L'igno-

Digitized by Google

ranza, le passioni e gli interessi traviano spesso gli animi, o impediscono a molti di osservare le leggi che governano il loro sviluppo, o li spingono ad atti che sono apertamente contrari alle leggi stesse. In ogni Stato, adunque, v'è bisogno che qualcuno guidi gli ignari, riconduca i traviati, punisca i colpevoli e ristabilisca l'ordine naturale turbato.

A chi appartengono tutti questi uffici? Se si consultano le norme del buon senso e del pubblico bene, ne sono incaricati i membri più illuminati e più onesti del civile consorzio. Ma, come ho già detto, non sempre è l'elezione che affida quest'ufficio ai migliori: talora sono usurpati colla forza, o da una classe di cittadini a danno dell'altra, o da un popolo straniero. Ma, più o meno rettamente, quegli uffici sono adempiti in tutti gli Stati, dal governo libero d'Italia e d'Inghilterra, come dal governo assoluto della Russia e della China.

Malgrado però la differenza delle forme di governo, e malgrado l'origine che può avere, è un fatto che, in generale, quelli che hanno l'indirizzo dello Stato sono più illuminati e più intelligenti dei governati; per cui essi si trovano in grado di meglio conoscere le condizioni o leggi naturali a cui bisogna che ogni Stato si conformi per prosperare. Valendosi perciò del potere che hanno, essi raccolgono e scrivono quelle regole e leggi che l'esperienza ha dimostrate utili e giuste presso altri popoli, o che si sono a poco a poco manifestate come tali. Le regole così scritte sono dette *leggi positive*, anzi unicamente *leggi;* ma sono tanto più buone e feconde quanto più grande è la loro conformità colle *leggi naturali*, delle quali non devono in sostanza essere altro che l'espressione o la descrizione.

Digitized by Google

Sicchè, *leggi naturali* sono quelle che governano tutti gli esseri organici ed inorganici dell' universo, e per conseguenza, anche gli uomini: e per *leggi positive* s'intendono le regole scritte dal potere sociale di ciascuno Stato, e che sono imperative per tutti gli abitanti dello Stato per cui son fatte.

5. Doveri morali, doveri giuridici.

Gli atti umani possono riguardare, o colui solo che gli fa, o gli altri.

In tutto ciò che ci riguarda noi soli, siamo liberi di fare e di non fare, di cercare il nostro bene o il nostro male, salvo a trovare vantaggio o danno come conseguenza inevitabile degli atti nostri. Quindi, i doveri che abbiamo verso noi stessi sono puramente individuali, e dipendono unicamente dalla legge della nostra coscienza. Che siamo buoni o cattivi, egoisti o sensibili, prudenti o dissennati, coraggiosi o codardi, tutto ciò riguarda noi soli; nè ci si può obbligare a renderne conto a chicchessia, finchè non lediamo il diritto altrui. Sono doveri di morale privata e intima, pei quali non siamo responsabili che in faccia a noi soli, e alla pubblica opinione: così nessuno può esigere da noi che ci mettiamo a beneficare, a istruire, a consigliare, che ci sacrifichiamo per gli altri, e via dicendo. La morale ci comanda questi atti; ma se fossimo costretti dal Governo o da altri ad eseguirli, cesserebbero d'essere virtuosi: un' azione buonissima fatta per forza non è morale, perchè deve trarre tutto il suo merito dall'essere fatta liberamente. E non c'è tirannia più iniqua di quella che si vuole occupare della nostra coscienza e della nostra moralità, impo-

Digitized by Google

nendoci l'adempimento di doveri che riguardano unicamente noi stessi.

Vi sono però dei doveri obbligatori per tutti; e sono quelli che abbiamo verso gli altri: per cui la norma suprema della nostra condotta è questa — di operare in modo che la nostra azione non offenda e non impedisca la legittima azione altrui —. La legge sociale deve costringerci, anche colla forza, a non violare i diritti dei nostri simili; perchè la libertà nostra deve coesistere con la loro, e l'una determina i confini dell'altra; oltrepassati i quali, cessa d'essere libertà e degenera in tirannia. Poco monta, infatti, che la libertà sia offesa da un governo oppressore o da un prepotente privato: i resultati sono gli stessi.

Il governo adunque ha per mandato di forzarci all'adempimento dei doveri che abbiamo verso gli altri, poichè senza di ciò non sarebbe possibile il retto e progressivo andamento del civile consorzio. E fra questi doveri primeggiano il rispetto alla persona altrui, l'esecuzione delle obbligazioni assunte, l'osservanza delle condizioni essenziali all'ordine pubblico, alla giustizia e sicurezza sociale.

Sebbene importi moltissimo che i cittadini adempiano i loro doveri *etici*, tanto quelli, cioè, che hanno verso sè stessi, come quelli che hanno verso gli altri, ma che sono puramente morali, tuttavia il governo, il quale esiste unicamente per regolare i rapporti sociali e considera gli uomini, non come individui, ma come cittadini, non può imporsi che l'adempimento dei *doveri giuridici*, vale a dire, di quelli che noi abbiamo il diritto di esigere dai nostri simili, e i nostri simili da noi.

E di questi soltanto si occupano o devono occuparsi le leggi positive.

Digitized by Google

6. Quali sono i diversi ufficii del legislatore.

Il governo, o potere sociale, quando intraprende l'opera di legislatore si propone uno dei tre uffici seguenti:

O di stabilire le regole dei rapporti privati dei cittadini fra loro,

O di tracciare le norme dei rapporti fra governanti e governati, la costituzione politica dello Stato, il riparto degli uffici del potere sociale, le istituzioni amministrative, finanziarie, militari, ec.

O di colpire con sanzioni punitive quelle violazioni dei doveri giuridici, d'ordine privato o pubblico che sono stati regolati e inscritti nei codici.

Provvede al primo còmpito colle leggi e i codici civili e commerciali: al secondo, con gli statuti o costituzioni, colle leggi politiche e amministrative, coi trattati pubblici, ec: al terzo, con le leggi penali.

Con le istituzioni giudiziarie esso provvede all'organizzazione dei magistrati a cui è affidato l'incarico di vegliare all'esecuzione ed all'applicazione delle leggi e dei codici, di sentenziare sovranamente sui dissensi che insorgono, e di punire quelli che le hanno violate.

Però, il legislatore, per quanto illuminato e superiore ai governati, è uomo anch'esso, e soggetto a tutti gli errori che l'ignoranza, la malafede o le passioni possono far commettere all'uomo: quindi le sue leggi portano necessariamente l'impronta dell'imperfezione umana.

Inoltre, una legge dev'essere sempre ordinata in modo da convenire ai costumi e al grado di civiltà

Digitized by Google

del popolo per cui è fatta: e ciò avviene tanto più facilmente che rare volte i legislatori sono tanto superiori al livello intellettuale del popolo governato da non partecipare in gran parte alle sue idee, anche erronee.

Dal che derivano due conseguenze; — la prima, che le leggi non sono fisse e immutabili, scritte e promulgate una volta per sempre; ma devono essere corrette e migliorate, a misura dei progressi dello Stato e dei bisogni della popolazione: — e la seconda, che il criterio del legislatore, andando sempre più perfezionandosi sotto l'azione dell'esperienza e della cognizione sempre maggiore che egli acquista delle leggi naturali che presiedono allo sviluppo delle società umane, esso può avvicinare ad esse progressivamente le leggi positive.

Ed ecco perchè l'opera del legislatore è incessante, continua, necessaria in tutti i periodi della vita dei popoli, e qualunque sia la forma di governo che li regge.

7. Nozione del diritto.

Una delle verità o delle leggi che le scienze sociali hanno oggimai dedotto con sicurezza dallo studio dell'uomo e dalle sue aggregazioni, è questa: — *che la sua attività, quanto più è libera e sciolta, tanto più è feconda, purchè non invada il campo che appartiene all'attività altrui.* — Questa verità riconfermata ogni giorno dall'esperienza, ha tracciato ai governi la linea di condotta che devono seguire nel regolare colle leggi positive l'attività individuale: per cui il problema che essi sono sempre incaricati di sciogliere è que-

Digitized by Google

sto: — *riconoscere e tracciare i limiti entro i quali l'uomo può sviluppare liberamente le sue personalità, senza impedire lo sviluppo della personalità de'suoi simili.* — E quanto meglio questi limiti sono descritti e guarentiti, tanto più feconda e benefica è l'attività degli individui, perchè è loro guarentito ciò che hanno *diritto* di esigere.

La parola *diritto* ha comune la radice ed il senso con le altre, *rettitudine*, *dirittura*, e simili: per cui quando si dice di aver diritto ad una cosa, ad un atto, si afferma nello stesso tempo che ciò che si reclama è retto e si ha ragione di volerlo, perchè non si esce dalla cerchia d'azione che spetta alla nostra attività. La sanzione dei diversi diritti è la condizione suprema del benessere delle persone e del progresso generale del civile consorzio.

Ecco perchè studiare la scienza del diritto, significa che si vogliono conoscere tutti quegli atti che abbiamo facoltà di fare, perchè sono *retti*, cioè, non offendono le ragioni altrui.

E il principio supremo del diritto è semplicemente questo: — ne' tuoi rapporti co'tuoi simili agisci in modo che, se tutti seguissero il tuo esempio, ne deriverebbe il progresso e l'armonia sociale — Ed è attuato il diritto in tutte quelle parti dell'ordinamento civile in cui la libertà di ciascuno coesiste colla libertà di tutti.

Il diritto, quindi, è vita, è armonia, è legge costitutiva degli umani consorzi; e la civiltà si rivela essenzialmente nel progressivo sviluppo dell'autonomia della persona, che è il diritto incarnato, il diritto vivente.

Digitized by Google

8. Diverse significazioni della parola Diritto.

Questa nozione così semplice ed elementare del diritto, non è però nè l'unica, nè la più accettata. E la parola stessa *diritto* è adoperata in diversi significati.

Lasciando stare le moltiplici definizioni che ne dànno i filosofi e le scuole, nella pratica comune e nel linguaggio corrente si applica in modo particolare la parola *diritto*,

All' insieme delle leggi di uno Stato o di un popolo: così si dice, il diritto italiano, il diritto francese, il diritto romano,

All' insieme delle leggi di una specie determinata, come diritto civile, diritto penale, diritto internazionale,

Alle facoltà e prerogative che la legge riconosce alle persone, individue e collettive; per cui diciamo — diritto di proprietà, diritto di testare, diritto di vendere e di comprare, diritto di associarsi, diritti civili, diritti politici, ec.

Finalmente, allo studio delle scienze giuridiche: e diciamo infatti, studiar diritto ec.

È facile vedere che tutti questi significati hanno la loro origine nello stesso concetto fondamentale che è considerato nelle sue diverse applicazioni.

9. Divisione delle scienze giuridiche.

Le scienze principali che fanno parte dell'enciclopedia del diritto e della cui applicazione è incaricato il legislatore si possono ripartire nell'ordine seguente:

Digitized by Google

Diritto civile — o scienza dei doveri e dei diritti che sono obbligatorii pei cittadini nei loro rapporti privati.

Diritto commerciale — o scienza dei principii che reggono i rapporti industriali e commerciali.

Diritto giudiziario — o scienza delle norme da seguirsi nel procedere dinanzi all'autorità giudiziaria per la tutela dei diritti sanciti dalle leggi e per provvedere alla repressione dei reati.

Diritto penale — o scienza delle sanzioni penali che colpiscono la violazione dei diritti.

Diritto costituzionale e amministrativo — o scienza delle istituzioni pubbliche dello Stato, e delle leggi che concernono i diritti e i doveri politici dei cittadini.

Diritto internazionale — o scienza delle leggi che governano i rapporti fra popolo e popolo.

10. Riassunto di quanto precede.

Lo Stato è una società retta da un solo potere sovrano.

Ogni società è soggetta a condizioni e leggi naturali, che ne governano l'esistenza e lo sviluppo: se sono osservate, recano sviluppo e progresso; se sono ignorate o conculcate, si ha miseria e barbarie.

Le leggi positive sono norme o precetti, formolati dal potere sovrano, in nome della giustizia e dell'interesse generale, obbligatorii per tutto lo Stato, destinati a comandare, a permettere o a proibire quelli fra gli atti esterni che concernono i rapporti dei cittadini: *legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire. (L. 7 de Leg.)*

Vi sono due specie di doveri; gli uni etici, o morali

Digitized by Google

gli altri giuridici. L'adempimento dei primi è libero, e non ha altra sanzione che quella della coscienza dell'agente e quella della pubblica opinione. L'adempimento dei secondi è obbligatorio, sia per noi in faccia agli altri, sia per gli altri rispetto a noi; quindi si può esigere, anche col concorso della forza pubblica. E l'autorità sociale è obbligata a punire chiunque li violasse nella persona e nei beni dei cittadini.

L'ufficio del legislatore è di guarentire sempre più la libertà degli atti legittimi, sia col togliere progressivamente gli ostacoli che tuttora li inceppano, sia collo stabilire sanzioni per ogni offesa che si faccia ai diritti delle persone.

Digitized by Google

LEZIONE II.

DELLA FORMAZIONE, DELLA PROMULGAZIONE E DEI CARATTERI DELLA LEGGE

11. Dei tre poteri dello Stato e particolarmente del potere legislativo.

La facoltà di far leggi per lo Stato appartiene al governo. Ma si è già detto poc'anzi che le forme politiche variano secondo i tempi e i paesi; per cui il potere legislativo è affidato qua al principe, là ad un'assemblea, altrove a due assemblee, in molti Stati al Principe ed al Parlamento, e via discorrendo. Così sotto i governi assoluti si applica in tutta la sua forza il principio tirannico e funesto, *quod principi placet legis habet vigorem* (1). Ma nei governi liberi, siano essi costituzionali o repubblicani, è soprattutto ai rappresentanti elettivi della nazione, che viene affidato l'ufficio di discutere e di votare le leggi.

L'esistenza di un corpo speciale incaricato del po-

(1) *Principi Deus leges ipsas subiecit. Princeps, lex animata.* Nov. 105.

Digitized by Google

tere legislativo è la conseguenza del principio che domina nei governi liberi; il principio, cioè, della divisione dei poteri, il quale trae la sua ragione d'essere, il suo fondamento, non dalla pretesa necessità di un antagonismo, ma da quella assai più logica e naturale di distinguere e ripartire le attribuzioni della sovranità, di non accumularle nelle stesse mani onde evitare la confusione e rendere impossibile ogni pericolo di dispotismo.

Qual'è, in sostanza, lo scopo del governo? Esso deve guarentire ai cittadini il pieno e tranquillo esercizio dei loro diritti. E per raggiungere questo scopo che si richiede?

1.° Si richiede che si facciano delle leggi, le quali descrivano e assicurino i diritti privati e politici dei cittadini.

E questo ufficio appartiene al potere legislativo.

2.° Si richiede che le leggi siano promulgate, fatte conoscere; che si determinino gli agenti che devono vegliare alla loro esecuzione; che si vigili alla savia amministrazione del pubblico denaro votato dal potere legislativo, e pagato dal cittadino, per l'effettuazione delle leggi e la guarentigia dei diritti; che si provveda al retto ordinamento e alla direzione della forza pubblica; che si mantengano finalmente buone relazioni internazionali.

E questo è l'ufficio del potere esecutivo o amministrativo, che dir si voglia.

3.° Si richiede finalmente che le leggi votate, scritte e promulgate siano rigorosamente applicate, e puniti coloro che ardiranno violarle; che i dissensi insorti fra i privati in quistioni di diritti personali o reali siano sciolte secondo i precetti delle leggi medesime, per sentenza di tribunali.

Digitized by Google

E questo è l' ufficio del potere giudiziario.

È chiaro che fra questi uffici vi è ad un tempo unità e diversità. V'è diversità, perchè quelli del potere legislativo non sono quelli del potere esecutivo, nè questi si confondono con quelli del potere giudiziario. Ma v' è unità, perchè questi poteri sono strettamente legati fra loro, necessariamente armonici, perchè costituiti in reciproca indipendenza: l'uno non si può supporre senza l'altro, perchè si completano a vicenda.

Questa, e non altra, è la divisione naturale dei poteri. Quella adottata dai Francesi, e in gran parte da noi, secondo la quale i tre poteri sono: — la Corona, il Senato e la Camera elettiva — è una divisione assolutamente erronea; e lo è anzitutto, perchè di un potere unico, il legislativo, ne fa due; lo è, inoltre, perchè lascia in disparte quello che chiamerei il più importante di tutti, se si volesse stabilire una gerarchia qualsiasi, cioè, il potere giudiziario (1).

12. Elementi costitutivi di una legge positiva.

Determinati gli uffici dei diversi poteri, passiamo ora ad esaminare in che modo li compiono, per quale procedimento una legge sia preparata, discussa, approvata e promulgata, e per quali norme si provvede alla sua applicazione.

Gli elementi costitutivi di una legge, negli Stati retti a governo costituzionale, e particolarmente nel Regno d' Italia, sono:

(1) Sulle quistioni che concernono più particolarmente le istituzioni politiche e amministrative si possono consultare i *Principii di Diritto costituzionale*, (4 volumi in 8vo grande) pubblicati dall'autore di questo trattato.

Digitized by Google

La proposizione o iniziativa;
La deliberazione e l'adozione;
La sanzione;
La promulgazione e la pubblicazione.
Esaminiamoli partitamente.

13. L'esercizio del potere legislativo.

L'art. 3 dello Statuto albertino (4 marzo 1848) dispone che « il potere legislativo è collettivamente esercitato dal Re e da due Camere, il Senato e la Camera dei deputati » L'art. 10 dello Statuto medesimo dispone egualmente che « la proposizione delle leggi appartiene al Re ed a ciascuna delle due Camere ». È fatta però un'eccezione, relativamente alle leggi d'imposizione o di approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato, le quali devono essere prima presentate alla Camera dei deputati.

La ragione di quest'ultima disposizione è evidente: i deputati, come rappresentanti elettivi della nazione, hanno mandato speciale di deliberare sui carichi che nell'interesse pubblico s'impongono ai cittadini. Senza questa facoltà, che è d'essenza dei governi liberi, si renderebbe illusoria la guarentigia data dall'art. 30 dello Statuto, secondo il quale « nessun tributo può essere imposto o riscosso, se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re ». I senatori, eletti dalla Corona, non offrono quelle condizioni di piena indipendenza del potere esecutivo che si richiedono in chi è chiamato a votare le contribuzioni che il cittadino deve pagare, non nell'interesse del governo, ma in quelle dell'utilità e della necessità generale.

Digitized by Google

14. L'intervento della Corona nella proposizione delle leggi.

Nella maggior parte degi Stati costituzionali — meno l'Inghilterra — quando un ministro presenta alle Camere un progetto di legge, gli mette in capo il nome del Re, a cui, per una finzione incomprensibile, si fa risalire la responsabilità dell'iniziativa. Ma una tale consuetudine è evidentemente contraria allo spirito delle libere istituzioni, e alla dignità medesima della Corona. V'è un dilemma inesorabile da cui non si esce:

O il nome del Re, messo in capo al disegno di legge, ha per effetto di esercitare una qualche influenza sull'animo dei deputati; e allora questo procedere è biasimevole; perchè il legislatore dev'essere sciolto da qualsivoglia preoccupazione che non sia il bene della nazione, e poter deliberare, approvare o respingere i progetti di legge, senza vedere dinanzi a sè, come ostacolo o come stimolo, il nome inviolato e irresponsabile del Principe.

O questo nome non esercita la menoma influenza e vi è messo per forma; e allora non vedo la necessità di prodigarlo così, di metterlo innanzi senza motivo; perchè, dato il caso che la legge sia respinta, o che, caduto il ministro che l'ha presentata, gliene succeda un altro che presenti una legge affatto opposta, si condanna il nome del Re a sfregi che si potevano evitare, o si fa credere che il Re vuole e disvuole, a seconda del ministro che lo fa parlare od agire.

Se un ministro vuole presentare delle leggi, agisca a suo nome, nella sua qualità di membro della Camera di cui fa parte: così si pratica in Inghilterra.

Digitized by Google

dove possiamo prendere lezioni di procedura parlamentare senza averne vergogna, poichè sono sancite da un'esperienza secolare.

15. Discussione e deliberazione.

Riconosciuto e sancito pel Re e per le due Camere il diritto di proporre le leggi, lo Statuto regola il modo di procedere a questo oggetto. « Ogni progetto di legge, così l'art. 55, dev'essere da prima esaminato dalle giunte che saranno in ciascuna Camera nominate pei lavori preparatorii: discussa ed approvata da una Camera, la proposta è trasmessa all'altra per la discussione e l'approvazione; poi è presentata alla sanzione del Re ».

Il regolamento interno delle due Camere traccia le norme da seguirsi nell'esame e nella discussione e nella votazione dei progetti di legge. È però opportuno notare che si lamentano generalmente le soverchie complicazioni della procedura parlamentare; ed è riconosciuta l'urgenza di utili modificazioni.

La discussione che ha luogo nei due rami del Parlamento conduce ad uno dei risultati seguenti:

O la legge è approvata da ambe le Camere; e allora è sottoposta senz'altro alla sanzione del Re.

O è approvata bensì dalle due Camere, ma quella a cui fu presentata posteriormente vi ha apportato qualche modificazione: e allora è rinviata all'altra Camera, perchè accetti o rispinga le modificazioni apportate.

O è respinta da una delle due Camere, oppure il Re rifiuta la sua sanzione; in questi casi lo Statuto dispone « che un progetto di legge respinto da uno dei tre poteri legislativi non può più essere riprodotto nella stessa sessione ».

Digitized by Google

16. La sanzione delle leggi.

« Il Re solo, così l'art. 7 dello Statuto, sanziona e promulga le leggi ». La sanzione consiste nella firma che il Re appone alla legge votata dalle due Camere. Siccome però l'art. 67 dispone che « le leggi e gli atti del governo non hanno vigore, se non sono muniti della firma del ministro » così, la sottoscrizione del Re è accompagnata dalla controfirma del ministro proponente, o da quello al cui dicastero è specialmente affidata l'esecuzione della legge sancita, e dal *Visto* del ministro guardasigilli, che vi appone il sigillo dello Stato.

17. La promulgazione e la pubblicazione.

La legge è approvata e sancita: ma è essa obbligatoria pei cittadini? No, perchè non è ancora ufficialmente conosciuta. Essi ignorano se, e quando sia stata sancita dal Re; quale sia la data della firma regia, e quindi, l'epoca da cui cominciano a correre i quindici giorni dopo i quali entra in vigore. Occorre perciò che la legge sia *promulgata e pubblicata.*

La promulgazione delle leggi è fatta dal Re, come capo ad un tempo dello Stato e del potere esecutivo (art. 7 dello Statuto): essa ha per effetto di imprimere alla legge il carattere di esecutorietà, senza cui non vincolerebbe i cittadini. È principio di diritto che una legge conosciuta, ma non promulgata nè pubblicata, non è obbligatoria per chicchessia: così venne anche giudicato dalla Cassazione di Francia. E in ciò la dottrina e la giurisprudenza sono concordi.

Digitized by Google

La forma della promulgazione delle leggi è la seguente: in capo al decreto, il nome del Re: poi il titolo della legge: e finalmente l'ordine che il decreto che promulga la legge « munito del Sigillo dello Stato sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare ».

L'art. 1 del Titolo preliminare dispone che « le leggi promulgate dal Re divengono obbligatorie in tutto il Regno nel decimo quinto giorno dopo la loro pubblicazione, salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto ».

Scopo della pubblicazione è di mettere i cittadini in grado di conoscere i doveri che loro impone e i diritti che loro riconosce la legge: e affinchè questo scopo sia, per quanto è possibile, raggiunto, è mestieri che la pubblicazione abbia luogo in modo da venire presumibilmente a sicura cognizione di tutti.

La differenza adunque fra *promulgazione e pubblicazione* è questa; la *promulgazione* dà alla legge il suggello definitivo, vestendola di carattere esecutorio: ma perchè questo carattere sia effettivo v'è ancora un ostacolo di fatto da eliminare; è la mancanza di cognizione per parte dei cittadini: al che provvede la *pubblicazione:* la quale ha appunto per iscopo di fare conoscere solennemente l'esistenza, le disposizioni, la data dell'entrata in vigore della legge.

« La pubblicazione, così l'art. 1 suddetto, consiste nell'inserzione della legge nella raccolta ufficiale delle leggi e decreti, e nell'annuncio di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale* del Regno ».

Così la sanzione completa la legge: la promulgazione la investe di carattere esecutorio: e la pubblica-

Digitized by Google

zione permette di renderla effettivamente obbligatoria per tutti.

Generalmente, le leggi sono pubblicate ad un tempo nella *Raccolta* e nella *Gazzetta*, salvo quando la soverchia lunghezza renda impossibile pubblicarle anche in quest' ultima.

Il legislatore, fissando in modo uguale per tutto lo Stato la data dell'entrata delle leggi in vigore, ha sciolto felicemente una difficoltà che si trova nella maggior parte dei codici moderni. È noto infatti che il Codice Napoleone, e quasi tutti quelli che lo hanno preso a modello, hanno fissato delle date diverse per lo Stato, regolate sulle distanze delle singole provincie dalla capitale. Così una legge era già in vigore in una città, e non nell'altra, dal che nascevano non pochi inconvenienti che il Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, Tom I. n° 31) lamentava con molta ragione, raccomandando il sistema che venne adottato da noi.

Alcuni giureconsulti (Merlin, V° *Lois*: Dalloz, *idem* 172: Delvincourt, T. I, p. 27) hanno esaminata la quistione se si possa eseguire volontariamente una legge nuova, prima che sia spirato il termine fissato per la sua entrata in vigore. Essi rispondono affermativamente, a patto però che le parti non deroghino alla legge esistente, o non agiscano in opposizione con qualche principio d'ordine pubblico.

18. Della massima che — nessuno deve ignorare la legge.

L'ignoranza della legge non iscusa nessuno — tale è la massima che domina tutta la teoria del diritto comune, e che vige tanto sotto i governi assoluti quanto

Digitized by Google

sotto i governi liberi. Senza dubbio, pare strana presunzione quella che tutti indistintamente i cittadini debbano conoscere la legge, quando si pensi che la gran maggioranza d'essi o sa leggere appena, o non sa punto; o, per lo meno, essendo pochi quelli che sono in grado di conoscere davvero le leggi. Ma questa presunzione era necessaria, poichè senza di ciò si apriva la fonte d'incalcolabili complicazioni, e si rendeva impossibile l'applicazione delle leggi; potendo bastare allora a chi la violasse di allegare in giudizio che le ignorava.

Il legislatore ha dunque voluto che col fatto della pubblicazione la legge debba essere conosciuta da tutti: gli inconvenienti che possono derivare da questa presunzione sono senza paragone minori di quelli che recherebbe il sistema contrario. E d'altra parte, la procedura seguita negli Stati costituzionali per preparare, discutere e votare le leggi, dà loro una tale pubblicità da mettere già in avvertenza un numero grandissimo di cittadini prima ancora che siano pubblicate.

Se, adunque, la presunzione che — nessuno deve ignorare la legge — può dar luogo a obbiezioni negli Stati retti a governo assoluto, dove le leggi sono elaborate segretamente e pubblicate senza che il paese vi sia preparato dalla conoscenza anteriore dei progetti e dai pubblici dibattimenti parlamentari, nei Governi liberi si può dire che tuttò cospira a far sì che la presunzione del legislatore sia davvero una realtà.

19. L'osservanza delle leggi.

Il Re, — dispone l'art. 6 dello Statuto, — non può sospendere l'osservanza delle leggi, nè dispensarne chicchessia.

Digitized by Google

Questo è il principio generale che deve servire di base alla potestà legislativa negli Stati costituzionali, perchè ciò che distingue questa forma di Governo dal Governo assoluto è appunto di collocare la Corona in tal condizione che sia la prima custoditrice delle leggi. Siccome queste sono fatte col concorso delle due Camere e dal Re, così, ove una delle parti cui è affidato il potere legislativo forse in facoltà di violarle, o di sospenderne l'osservanza, o di dispensarne, ne verrebbe una perturbazione nello Stato e una confusione negli uffici supremi dell'autorità, che sarebbero causa di pericoli per tutti.

È ben vero però che questa regola soffre alcune eccezioni; così il Re può far grazia e commutare le pene (art. 8 dello Statuto): e la grazia come la commutazione delle pene non sono altro che la facoltà di far cessare tutto o in parte l'esecuzione di una sentenza pronunciata e applicata in nome della legge. Più larghi ancora sono gli effetti dell'amnistia, perchè annullano radicalmente l'applicazione delle disposizioni delle leggi riguardo a molti individui.

Il Re può anche dispensare dall'osservanza delle leggi in alcuni casi non preveduti dallo Statuto, ma indicati dal codice civile: così può (art. 68), quando concorrano gravi motivi, dispensare i cittadini che vogliono contrar matrimonio da alcuni impedimenti: può egualmente dispensarli (art. 78) da una delle pubblicazioni.

E queste come le precedenti altro non sono che eccezioni, — forse non rigorosamente conformi al diritto costituzionale — alla disposizione non meno savia che opportuna sancita coll'Art. 6 dello Statuto.

Digitized by Google

20. Sussidi per l' applicazione delle leggi.

La legge propriamente detta, per quanto sia esplicita e particolareggiata, non può essere completa: e lascia di necessità molti punti sui quali non ha potuto o voluto stabilire norme precise da applicarsi dal Magistrato o dagli altri pubblici ufficiali cui è affidata l'esecuzione. Rimane sempre una moltitudine di casi imprevisti, di misure diverse da prendere, soprattutto in materie di amministrazione, riguardo al tempo, alle località, alle eventualità, agli ufficiali da impiegarsi e alla maniera con cui devono agire.

Queste lacune sono riempite in modo diverso, secondo l'indole loro, e secondo l'importanza dei bisogni cui occorre provvedere: lo Statuto ne incarica il potere esecutivo, il quale agisce in nome del Re, a cui l'art. 6 conferisce la facoltà esclusiva di nominare tutte le cariche dello Stato, di fare i decreti e i regolamenti necessarii per l'esecuzione delle leggi.

I limiti di questa facoltà sono nettamente circoscritti. « I decreti di esecuzione, dice il Cormenin, non sono e non possono essere sotto il Governo costituzionale, che lo sviluppo naturale e necessario della legge, la quale traccia i principii, ma non regola le particolarità » (*Questions de droit administratif*, T. II, p. 222). Quindi i decreti, le ordinanze e i regolamenti del potere esecutivo, benchè muniti della firma del Re, sono senza forza, perchè incostituzionali, ogni qual volta dispongono su materie che entrano nel dominio esclusivo della legge, o contraddicono ad una legge vigente. Se fosse altrimenti, le norme più essenziali

Digitized by Google

del Governo libero, la divisione dei poteri, e tutte le altre guarentigie del regime parlamentare non sarebbero che un illusione, e si ritornerebbe di fatto alla riunione di tutti i poteri nelle mani del Capo dello Stato, cioè, alla monarchia assoluta.

Da ciò appare quanto importi che si vigili con la massima severità a che il potere esecutivo non invada il campo del potere legislativo, nè che questi, alla sua volta, si arroghi attribuzioni che non gli spettano.

21. Degli atti incostituzionali e del modo di annullarne gli effetti.

Ma, pur troppo, può presentarsi il caso di un atto incostituzionale del potere esecutivo: può avvenire, per esempio, che con decreto si stabilisca un'imposta, si decreti un prestito, si determini una pena, o si promulghi una disposizione qualsiasi in aperta opposizione colla legge, o che entri di diritto nelle attribuzioni del potere legislativo. Quali sono allora i doveri e i diritti dei cittadini? Quali i doveri e i diritti dell'autorità giudiziaria? Quali quelli del Parlamento?

I cittadini, è evidente, non sono menomamente obbligati ad ubbidire: la divisione dei poteri, l'istituzione di un potere legislativo e la limitazione delle facoltà del potere esecutivo vennero unicamente stabilite nell'interesse del cittadino. Se egli le vede conculcate, se vede offese le guarentigie che lo Statuto gli accorda, ha pienamente ragione di non credersi obbligato. Un atto incostituzionale non è nè buono nè cattivo; non esiste. Quindi non si può neppur violare, perchè ciò che non esiste non si viola nè si adempisce.

Che se il Governo o i privati lo chiamassero di-

Digitized by Google

nanzi ai tribunali per obbligarlo ad ubbidire all'atto illegale, o a punirlo per aver disubbidito, il dovere dell'autorità giudiziaria, — la quale ha per mandato unico e preciso di pronunciare secondo le leggi — è di rimandare prosciolto il cittadino convenuto, e dichiarare puramente e semplicemente che il decreto o la legge in forza di cui egli venne tratto in tribunale non ha nè forza nè esistenza.

Oggimai è principio costante di giurisprudenza negli Stati liberi che i tribunali hanno il diritto di giudicare della legalità di un'ordinanza reale di cui si domanda loro l'applicazione, in questo senso, che se è contraria alla legge, essi possono anzi, devono rifiutare di prenderla per base delle loro decisioni. È notevole una sentenza in questo senso della Corte di Cassazione di Parigi (4 Dicembre 1839), in cui i principii qui esposti sono formolati con gran vigore. È giusto però aggiungere che allora la Francia aveva un Governo costituzionale.

Del resto, negli Stati liberi si ha una nuova ed efficacissima guarentigia nella vigilanza del Parlamento, il quale, non appena gli sia noto qualche atto incostituzionale del potere esecutivo, ha il diritto d'interpellare il ministro che se ne è reso colpevole, e co'suoi voti di sfiducia, col metterlo ove occorra, in istato d'accusa, ha i mezzi di metter fine alle illegalità e alle perturbazioni recate.

Notiamo, a onore del Parlamento, che più d'una volta fece annullare colla sua vigilanza atti incostituzionali; — a onore della nostra magistratura, che la sua giurisprudenza è costante nel non riconoscere loro forza obbligatoria di sorta: — e del nostro Governo che, paragonato a quello di altri paesi, è stato assai

Digitized by Google

prudente e che sono stati assai rari i casi nei quali abbia ecceduto i limiti assegnati al suo potere.

22. Dei decreti e dei regolamenti.

Determinati così questi limiti, diciamo brevemente dei modi con cui si procede nel completare le leggi.

I mezzi di cui dispone il potere esecutivo sono: i regolamenti, i decreti, le circolari, le istruzioni.

Alcuni pubblicisti combattono, e non senza forti ragioni, il potere regolamentare attribuito al Capo dello Stato, perchè vi vedono un' invasione mal dissimulata del potere esecutivo nel campo del potere legislativo. Senza entrare ora in questa discussione, mi ristringo a notare che, quando i regolamenti non escono dalla cerchia tracciata loro, i pericoli temuti difficilmente si presentano.

Un regolamento, perchè sia valido e obbligatorio come la legge di cui è complemento e norma di applicazione, deve riunire le condizioni necessarie non solo perchè nè urti, nè estenda, nè diminuisca le disposizioni della legge stessa, ma armonizzi con le istituzioni generali dello Stato. Perchè sia poi esecutorio, è mestieri che sia sancito, promulgato e pubblicato come le leggi.

Lo stesso può dirsi dei decreti, i quali sono emanati per promulgare e pubblicare leggi e regolamenti, per prendere tutte quelle misure che sono richieste all'oggetto di effettuarne la migliore applicazione, e per nominare i pubblici ufficiali, conformemente alle leggi e ai regolamenti medesimi.

Quando i regolamenti amministrativi adempiono le condizioni volute per la loro validità, allora sono obbligatorii pei tribunali.

Digitized by Google

23. Circolari ed altre instruzioni ministeriali.

I ministri e gli altri ufficiali superiori della pubblica amministrazione, per chiarire i dubbi ed eliminare le difficoltà che gli impiegati possono incontrare nell'applicazione delle leggi, dei decreti e dei regolamenti, spediscono loro sovente delle circolari e delle istruzioni. Ma queste non hanno nessun rapporto nè colle leggi, nè coi regolamenti, nè co' decreti, e non sono obbligatorie che per gli agenti a cui sono indirizzate, come norme direttive nella sfera delle loro funzioni. In faccia ai tribunali ed ai privati le circolari non hanno però forza di sorta, perchè i ministri non sono chiamati a interpretare le leggi. Quindi si può agire per l'annullamento delle decisioni amministrative o giudiziarie che fossero fondate su circolari contrarie alle leggi e ai regolamenti in vigore.

Digitized by Google

LEZIONE III.

DELLA RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE

24. Della retroattività in generale.

« La legge, così l'art. 2 del titolo preliminare del codice civile, non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo ». Il legislatore, con questa disposizione, non ha fatto che sancire una delle necessità essenziali della giustizia sociale, necessità già riconosciuta dalle leggi romane colla massima che — *leges et costitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta preterita revocari* (L. VII, *de Leg.*) E l'art. 2 non è che una versione di questo precetto, il quale è la norma direttiva della legislazione di tutte le nazioni.

Una legge non può considerarsi come obbligatoria se non da quando è promulgata, pubblicata ed entrata in vigore. Pretendere che si ubbidisca ad una legge che non si conosce ancora è un assurdo che nessuno può sostenere. D'altra parte, volere che la legge dell'oggi regoli gli atti di ieri è un assurdo

Digitized by Google

non meno difficile a giustificare. Finalmente, se una legge potesse venire tutto ad un tratto a portare cambiamenti e innovazioni in tutto ciò che fu fatto sotto l'impero e la guarentigia delle leggi anteriori, sarebbe lo stesso che recare nel civile consorzio il disordine, l'anarchia, e togliere alle leggi quel prestigio e quella forza che attingono nella sicurezza di cui esse coprono gli atti compiutisi sotto la protezione dei loro precetti.

Ebbene, tutte queste perturbazioni sarebbero inevitabili se il principio salutare della non retroattività non servisse come di limite inesorabile all'autorità del legislatore. E la ragione su cui si fonda non è già una generosa finzione o una concessione del potere sociale, ma scaturisce dalla necessità delle cose.

Ogni nuova legge adunque non dispone che per l'avvenire; sui fatti compiutisi prima della sua entrata in vigore non ha efficacia di sorta. Le sole eccezioni consentite sono state determinate, come vedremo, dal pietoso intento di volgere la retroattività a beneficio dei colpiti dalla legge penale.

25. Difficoltà di applicazione.

Senonchè, « malgrado la semplicità di questi principii, nota giustamente Zachariae (*Droit civil français*, 30), sebbene ne paia facilissima l'applicazione, pure dànno luogo nella pratica alle più grandi difficoltà. È per questa ragione che le regole relative al passaggio dall'antica alla nuova legislazione sono state, in certe materie, specialmente determinate da leggi transitorie ». E ciò fu fatto non solo in Francia, ma anche in Italia.

Digitized by Google

Ma per quanto le leggi transitorie siano minute e previdenti, rimangono per sempre infiniti casi ai quali non hanno provveduto. E la ragione è chiara: non solo è impossibile prevederli tutti, ma è egualmente impossibile sottometterli ad alcune regole precise e invariabili, da applicarsi con sicurezza. Si tratta soprattutto di una quistione di apprezzamento; e in ogni caso che si presenti il magistrato non ha altro a fare che porre in bilancia l'importanza degli interessi che sono in conflitto, raffrontando le ragioni dei privati e quelle dell'utilità pubblica, e vedere sino a qual punto le une devono influire sulle altre.

26. Teoria dei diritti acquisiti.

V'è però un limite assoluto pel magistrato, nell'applicazione del principio della non retroattività delle leggi: egli non deve ledere in alcun modo *i diritti acquisiti*.

L'evidenza di questo principio è troppo luminosa, perchè sia mestieri di dimostrarla. Nondimeno sorgono alcune difficoltà sulla nozione precisa dei diritti acquisiti.

Ma a me pare che queste difficoltà si possano risolvere col dire che *diritto acquisito* è tutto ciò che era nostro, indubbiamente nostro al momento in cui la nuova legge comparve. Ed era nostro 1.° perchè non dipendeva più dalla volontà altrui che ciò che ci era dovuto ci fosse tolto; 2.° perchè questo diritto ci era riconosciuto da chi potea contestarlo; 3.° perchè si era acquistato nelle forme e nei modi voluti dalla legge allora vigente.

Ma può accadere che un diritto acquisito sotto l'impero della legge anteriore venga modificato o an-

nullato dalla legge posteriore, prima che chi l'ha acquistato abbia potuto esercitarlo intieramente.

È però chiaro che ciò non diminuisce punto le ragioni di chi ha il diritto. Il fatto che lo ha generato è quello che determina il tempo e la legge da cui dipende: la conseguenza e l' applicazione non possono cambiarne la sostanza nè toglierne l' inviolabilità.

Quindi, ogni volta che si tratta di diritti irrevocabili, positivi, incontestati, essi devono produrre tutti i loro effetti, anche sotto la nuova legge. Quando invece si tratta di aspettative, di speranze, di eventualità più o meno probabili, ma che non investono alcuno di una facoltà piena ed intera, allora la legge nuova ha tutta la sua forza, e nessuno ha diritto di reclamare se essa lo priva di quelle speranze e di quelle aspettative su cui contava, grazie alle disposizioni dell e leggi anteriori da essa abolite o modificate.

27. Principii regolatori della non retroattività delle leggi.

La difficoltà riconosciuta di tracciare delle norme generali per definire il concetto della non-retroattività delle leggi non è però tale che non vi siano alcuni principii, accettati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, i quali vengono ad agevolare la soluzione di non poche delle quistioni di diritto transitorio che si presentano più di frequente.

Così, è principio inconcusso che nel silenzio della legge nuova su suoi effetti retroattivi si deve tenere per regola che essa non può nè nuocere, nè profittare alle persone la cui condizione giuridica, quando la legge appare, è positivamente stabilita. La legge nuova

Digitized by Google

riconosce lo stato e la capacità delle persone quale la trova, e in ciò non reagisce mai: quindi, la validità del matrimonio, del riconoscimento di figli naturali ec.

Gli atti compiuti dalla donna maritata o dal minore ec., tutto è regolato dalla legge anteriore a quella che portasse modificazioni.

È egualmente principio di diritto che un contratto formato dietro le condizioni e le norme prescritte dalla legge sotto l'impero della quale ha avuto luogo, non può essere leso in alcun modo dalla nuova legge, e che dev'essere apprezzato, quanto alla sua essenza, le sue prove ed i suoi effetti, non secondo la legge del tempo in cui si eseguisce, ma secondo quella del tempo in cui fu stretto, perchè fin da quel momento ha conferito un diritto a tutti coloro che vi sono intervenuti.

La nuova legge regola i diritti che derivano, non dalla volontà espressa o presunta dell'uomo, ma dalle sole disposizioni della legge anteriore, quando anche questa li avesse dichiarati irrevocabili. (Zachariae, 30 — Demolombe, 40 e 5)

Ecco intanto alcuni esempi che possono servir di norma per l'applicazione del principio generale della non retroattività.

Una legge che cambia le condizioni d'età per contrarre matrimonio regge tutte le persone che vorranno maritarsi in avvenire; quanto ai matrimoni celebrati prima, sotto l'impero della vecchia legislazione, la nuova legge non li tocca: — la legge nuova può rendere immediatamente maggiorenne colui che non lo era, e reciprocamente ricollocare sotto tutela quelli che erano maggiorenni sotto l'antica legge: ma quanto agli atti che essi hanno passati, la loro validità sarà apprezzata secondo le regole della legge esistente al tempo

Digitized by Google

in cui furono fatti: — la legge che cambia la capacità di testare regge ancora tutti quelli che non hanno ancora testato, o che, avendo testato, sono ancora vivi: i testamenti di quelli che sono morti sotto l'impero della legge antica sono rispettati: — la capacità di trasmettere o di acquistare subisce l'influenza della legge nuova, per tutto ciò che concerne le successioni non ancora aperte al momento della sua promulgazione: le successioni già aperte sono regolate dalla legge antica.

Quanto agli atti fra vivi, come donazioni, vendite, permute, la capacità delle parti dev'essere naturalmente apprezzata dietro la legge esistente al momento in cui hanno luogo. E la ragione è che questi atti sono avvenimenti finiti, consumati, da cui risultano per le parti dei diritti acquisiti (Mourlon, *Rep. sur le C. N.* 69).

Ogni volta che una legge dispone per effetto retroattivo, non dev'essere estesa al di fuori dei casi e modi espressamente indicati; e ciò perchè le leggi retroattive, essendo leggi di eccezione, devono essere di stretta e rigorosa interpretazione.

28. Di alcune eccezioni al principio della non retroattività.

Ma la storia della legislazione è ricca di esempi di leggi, alle quali furono dati effetti retroattivi. E in alcuni casi, come nelle leggi penali, la retroattività fu lodevole perchè, nell'applicarla, il legislatore fu mosso dal pietoso intento di non aggravare o di attenuare la condizione degli accusati.

Fra quelle che hanno generalmente effetto retroattivo sono da annoverarsi le leggi interpretative. Sic-

Digitized by Google

come esse si limitano a spiegare il senso di una legge precedente, è chiaro che fanno parte integrale di essa; per cui dev'essere applicata anche ai fatti anteriori.

Ogni legge oscura, nota sagacemente Blondeau, dà origine a due aspettative contradittorie: ora, delle due aspettative dovendosene distruggere una, non si può esitare a mantenere quella che il legislatore dichiara conforme alla sua intenzione. (*Thêmis*, Tom. VII, pag. 327) — Resta però inteso che non si applica più alle controversie definitivamente sciolte, o per consenso delle parti, o per sentenza di tribunale divenuta irrevocabile.

È da notarsi che Portalis, nel progetto del Codice Civile francese, aveva aggiunto all'art. 2 il paragrafo seguente: « néanmoins, la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales, et autres passées en force de chose jugée. » (*Procès verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du projet de Code Civil.*) Questo paragrafo fu omesso, perchè superfluo; ma esprime esattamente l'indole della forza retroattiva delle leggi d'interpretazione.

La legge nuova si applica parimente ai fatti anteriori, quando non fa che proclamare regole di diritto comune, o principii già consacrati in modo meno esplicito o più oscuro dalle leggi precedenti; (Domat, *Lois civiles*, C. 12, 2) — Si deve dire altrettanto secondo Voet, (*ad Pandectas*, 17) delle leggi che ne richiamano in vigore una precedente, negletta nell'applicazione, ma non abrogata nè derogata. Chi ha contrattato violandola, e ha danno dalla rimessa in vigore, non ha da accusare che sè medesimo.

Digitized by Google

Una legge può, determinata da imperiose ragioni politiche, ma con espressa disposizione, reagire sul passato.

Ma il legislatore non deve procedere in questa via se non colla massima circospezione, ed evitare per quanto è possibile le perturbazioni immense a cui dà luogo la retroattività delle leggi.

29. Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice Civile in Italia.

La maggior parte dei principii sopra esposti vennero sanciti dalle disposizioni transitorie con le quali il legislatore ha provveduto alle difficoltà insorte col passaggio delle vecchie leggi alle nuove, che ebbe luogo per alcuni codici — come presto vedremo — il 1.° Gennaio 1866.

Così venne stabilito che coloro i quali secondo le leggi anteriori avevano perduta la cittadinanza, possono riacquistarla, uniformandosi al disposto dell' art. 13 del nuovo Codice Civile (*Disp. transit. per l'attuazione del Codice Civile*, art. 1): — si dà alla legge, con lo stesso articolo, effetto retroattivo a beneficio della moglie e dei figli minori dello straniero che avesse acquistata la cittadinanza italiana e del cittadino che avesse acquistato la cittadinanza estera: — a coloro che, secondo le leggi anteriori avessero perduto il godimento dei diritti civili, indipendentemente da condanna penale, è data facoltà di riacquistarli entro l'anno dall'attuazione del Codice (art. 2): — è stabilito che la condizione di coloro i quali per effetto di condanne anteriori al nuovo codice hanno perduto il godimento o l'esercizio dei diritti civili, continui ad essere rego-

Digitized by Google

lata dalle leggi anteriori; ma che le incapacità civili non più ammesse dalle leggi nuove (delle quali sarà parlato a suo tempo) cessano di diritto dal giorno dell'attuazione del Codice civile; e in ciò la legge agisce retroattivamente (art. 4): — è parimente stabilito che i figli di famiglia che al giorno dell'attuazione del nuovo Codice avessero compiuto gli anni ventuno, od avessero contratto matrimonio, sono sciolti dalla patria potestà (art. 9) — si dispone che ove, giusta le leggi anteriori, l'usufrutto legale spettante ai genitori sui beni dei figli di famiglia dovesse cessare agli anni diciotto, debba tuttavia continuare ad essere goduto dai genitori fino agli anni ventuno, a meno che il figlio non sia legalmente o volontariamente emancipato (art. 11): — le disposizioni del nuovo codice contenute nel titolo *delle successioni* sono anche, per retroattività, applicabili alle femmine già dotate o maritate, ed ai loro discendenti, e sono prive di effetto le rinuncie che abbiano fatte nell'atto dotale, od altrimenti, in conformità delle leggi anteriori, tanto se queste escludano le femmine dalla successione, quanto se le ammettano coi maschi. Le stesse disposizioni sono pure applicabili ai professi religiosi, non ostante le rinunzie fatte dai medesimi, giusta le leggi anteriori (art. 22).

Quest'ultima disposizione è tanto più logica e giusta in quanto che colla legge della soppressione delle corporazioni religiose i monaci sono rientrati nel pieno esercizio dei loro diritti civili, ritornando sotto l'impero della legge comune.

La nuova legge tronca inoltre l'esistenza dei fedecommessi, dei maggioraschi e delle altre sostituzioni fedecommessarie ordinati secondo la legge anterio-

Digitized by Google

re (art. 24): — stabilisce dover essere regolate dalla legge anteriore tutte le donazioni divenute perfette prima dell'attuazione del nuovo codice (art. 27), ma assoggetta a collazione secondo le norme da esso stabilite le donazioni già fatte ai discendenti (art. 28) — dichiara parimente dover essere regolati dalla legge anteriore tutti i carichi che gravano beni immobili a titolo di enfiteusi, censi, ec., (art. 29): — esenti dall'obbligo della trascrizione gli atti che hanno acquistato data certa, e le sentenze pronunciate prima della nuova legge. — Delle altre disposizioni di minore importanza basta dire che sono conformi ai principii meglio accertati della giurisprudenza e della dottrina.

Tali sono le più notevoli misure legislative prese per risolvere le principali difficoltà cui può dar luogo l'attuazione del nuovo codice civile. Sono ispirate dagli stessi principii le disposizioni transitorie per regolare il passaggio dagli altri codici ai nuovi. Così, per citare un esempio, in quelle che regolano l'attuazione del nuovo Codice di Procedura civile, è disposto che i giudizi per cessione di beni, instituiti anteriormente al nuovo Codice Civile, mantengono la loro giuridica efficacia, e sono proseguiti e definiti a termini della legislazione precedente (art. 3). — Ometto di citarne altre, limitandomi a constatare che le disposizioni prese sono generalmente conformi alle più sane norme che presiedono all'applicazione del principio della non retroattività delle leggi.

Digitized by Google

30. Della retroattività in materia penale.

Ho già detto che una pietosa disposizione della legge fa un'eccezione al principio della non retroattività ogni volta che si tratti di recar beneficio alla condizione degli accusati. Ecco in quali termini il Codice penale concilia il principio generale con le eccezioni accennate: « Nessun reato può punirsi con pene che non erano pronunciate dalla legge prima che fosse commesso. — Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato, e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse fra loro, sárà sempre applicata la pena più mite. — Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna (*Cod. Pen.*, art. 3)».

31. Atti di procedura e di competenza.

Il principio della non retroattività non si applica che alla sostanza del diritto: quindi tutto ciò che concerne la procedura e la competenza entra subito in vigore, troncando il corso delle forme passate, e imponendo ai tribunali di seguire quelle che sono determinate dalla nuova legge.

Gli autori chiamano *ordinatorium litis* ciò che appartiene alla forma e che è soggetto all'azione immediata della nuova legge; e *decisorium litis* ciò che appartiene al fondo, ed ha per essenza dei diritti acquisiti.

L'ordine delle giurisdizioni è di diritto publico; per cui le cause in corso d'istruzione al comparire

Digitized by Google

d'una nuova legge devono essere portate dinanzi l'autorità giudiziaria competente. Si fanno per lo più alcune eccezioni; ma il principio conserva tutta la sua forza. (Ved. *Disp. trans. per l'attuazione del Cod. di Proc. Civ.* art. 1, al. 1 e 5)

Ma, come s'è già detto, per l'ammissibilità delle prove, scritte o testimoniali, dev'essere consultata e seguita la legge antica. Parimente, in materia d'esecuzione dei contratti e dei giudizi, la regola è che bisogna seguire la legge attuale. Prescrivendo nuove formalità, per meglio assicurare l'esecuzione dei contratti e dei giudizi, la legge non lede alcun diritto acquisito, ma tende anzi a dare più efficace protezione agli interessi rispettivi delle parti.

Digitized by Google

LEZIONE IV.

DELL'INTERPRETAZIONE E DELL'APPLICAZIONE DELLE LEGGI

32. Nozioni Generali.

Il legislatore ha compiuta l'opera sua: la legge è divenuta imperativa e obbligatoria. Il potere esecutivo la mette in attività: il potere giudiziario l'applica fra i contendenti che si volgono a lui, o agli accusati che l'hanno violata.

Ma quali sono le norme generali che deve seguire il giudice nell'adempimento del suo ufficio? Quali sono le sue attribuzioni nello spiegare il senso della legge, nell' interpretarne le disposizioni? E quale dev'essere la sua condotta, quando gli si presenta una controversia per la quale non si trova nelle leggi alcuna disposizione precisa? Sono gravi quistioni, di non agevole soluzione. E il legislatore, non potendo risolverle tutte, si è limitato a tracciare alcune norme, con l'art. 3 del titolo preliminare del Codice civile: eccone il testo:

Digitized by Google

« Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

« Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi e materie analoghe. Ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto ».

Il legislatore con questo articolo ha tracciato le regole generali, o piuttosto, ha dichiarato i principii direttivi da cui devono ispirarsi i magistrati, e che, del resto, scaturiscono dalla natura medesima delle cose. È evidente che, anche senza dichiarazione alcuna del legislatore, questi principii non possono non essere ignoti a colui che è chiamato all'arduo ufficio di giudicare, essendo essi in qualche modo la legge delle leggi. *Scire leges*, diremo col diritto romano, *non est earum verba, sed vim ac potestatem tenere.* (*L.* 17, *D. De leg.*) — La scienza delle leggi infatti non consiste già nel conoscerne nudamente i termini, ma nel possederne eziandio il senso, lo spirito, la forza. Non è però necessario aggiungere che v'è un limite naturale a questa facoltà di apprezzamento, e che il ministero dei giudici è sopratutto di applicare le leggi con discernimento e fedeltà; perchè essi devono giudicare secondo le leggi, e non mai giudicare le leggi — eccetto il caso in cui si tratti di leggi incostituzionali e quindi prive di validità.

Come venne già notato poc'anzi, malgrado gli sforzi del legislatore per far sì che le leggi siano minute e precise, nondimeno, grazie all'infinita moltiplicità e complicazione delle cose umane, è impossibile

Digitized by Google

antivedere e regolare tutti i casi che si possono presentare. E siccome l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di non lasciare insoluta alcuna delle controversie che le sono sottomesse, così l'art. 3 apre ai magistrati una via razionale e sicura, per metterli in grado di adempire sempre e in ogni caso il loro mandato.

33. Del diniego di giustizia.

Alcuni codici, conformandosi ai principii del diritto romano (*L. 2, Cod. de Leg. nov.* 115, 1), dispongono che quando il magistrato si rifiuti di giudicare sotto pretesto dell'oscurità o del silenzio della legge, si può agire contro di lui, come colpevole di negata giustizia (*Cod. Nap.* 4, *Cod. D. Sic.* 4) — Benchè questa disposizione non sia stata riprodotta nel codice civile, pure è evidente che essa scaturisce dallo spirito generale che lo informa. Del resto, un simile caso è difficile assai che si presenti, avendo i giudici una norma tracciata dalla legge, che li autorizza a pronunciare secondo i principii generali del diritto.

È ben vero che al silenzio del Codice Civile sul diniego di giustizia supplisce in parte il Codice di procedura civile; il quale dichiara che le autorità giudiziarie e gli ufficiali del pubblico ministero sono civilmente risponsabili quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti o tralascino di giudicare o di conchiudere sopra affari che si trovino in istato di essere decisi (art. 783, al. 2). — Ma ognuno vede che questa guarentigia è insufficiente o incompleta: e a renderla più incompleta ancora si aggiunge che l'azione civile pel diniego di giustizia dev'essere autorizzata dalla Corte cui spetta di giudicare: non è necessari

Digitized by Google

mostrare quanto lasci a desiderare una tale disposizione. Ma, se non altro, è sancito il principio della responsabilità dei magistrati.

34. Delle diverse specie d'interpretazione giudiziaria e dottrinale.

A propriamente parlare, la legge non s'interpreta mai che dal legislatore: si suppone sempre, fino a prova contraria, che ha parlato chiaramente. I dissensi che possono insorgere sul significato di un articolo, di una disposizione, di una frase possono bensì dar luogo a opposte giurisprudenze, ma non si può dire che vi sia interpretazione positiva, perchè, ove questa avesse avuto luogo davvero, non vi sarebbero più dissensi, e il significato controverso sarebbe risolto da una dottrina comune.

Nondimeno nei trattati si ammettono tre specie d'interpretazione: l'interpretazione autentica, per via d'autorità: — la giudiziaria, per mezzo della giurisprudenza: — la dottrinale, per mezzo della dottrina o degli autori. Siccome però le interpretazioni degli autori non hanno per sè stesse altra forza che quella che esse traggono dall'essere sancite e appropriate dai tribunali, così alcuni giuristi hanno giustamente pensato essere assai più conveniente di non mantenere la triplice divisione, ma di unire l'interpretazione dottrinale e la giudiziaria sotto la stessa classificazione; per cui, invece di tre specie, non se ne hanno in realtà che due.

Per regola generale, quando la legge è esplicita ogni interpretazione è interdetta. Il giudice deve applicarla qual'è, senza aggiungere o togliere al testo preciso.

Digitized by Google

Meminisse debet judex ne aliter judicet quam legibus proditum est (*Instit. de off. Judic.*) — Quando però il testo è insufficente, o quando manca la chiarezza voluta, allora si presenta la necessità dell'interpretazione.

Gli elementi principali di cui dispongono a quest'oggetto il magistrato e il giureconsulto sono — i processi verbali delle discussioni a cui ha dato luogo la legge: le relazioni ministeriali e parlamentari che ne hanno accompagnato la presentazione; e finalmente la storia della legislazione, che guida alla cognizione delle origini e dello scopo delle disposizioni della legge positiva. Si è veduta la Corte di Cassazione di Francia risolvere una grave controversia sul regime dotale nel modo seguente: « atteso che risulta dai processi verbali della discussione del codice civile che gli autori di questo codice hanno voluto mantenere il regime dotale quale esisteva nei paesi di diritto scritto, ec...» (1.° febbraio 1819, aff. Devoyon) Una sentenza che contenesse queste motivazioni per chiarire una disposizione del codice adoprerebbe una interpretazione rigorosamente legale.

55. Dell'interpretazione estensiva.

In generale, nelle scuole e nei trattati si enumerano molte specie d'interpretazione tanto scientifica come giudiziaria: e così si ha l'interpretazione grammaticale, logica, storica, ec. — Un'altra divisione, più razionale, distingue l'interpretazione in estensiva, restrittiva, dichiarativa. Queste tre specie abbracciano in realtà la maggior parte dei casi in cui, il pensiero della legge non essendo stato esattamente o pienamente espresso dalle parole usate, è necessario rendersi ra-

Digitized by Google

gione di questo pensiero, che è tutta la legge. *Non enim lex est quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod judicio suo probavit et recepit.* (*L. de quibus, D. de leg.*) Di qui è nata la regola che quando si tratta di fissare il vero senso di una legge, è mestieri ricercare ciò che il legislatore si è proposto, e questo scopo una volta conosciuto, ricondurvi il senso generale delle espressioni di cui si è servita. Cotesto è anzi il concetto vero della legge 18, 4. *Benignius leges interpretandae sunt quo voluntas eorum conservetur.*

Venendo ora alle diverse specie d' interpretazione, per estensiva s' intende quella che, quando il senso delle leggi è chiaro, autorizza il giudice ad applicarne le disposizioni anche a tutti i casi che sono identici a quelli preveduti dalle leggi stesse, anche quando non sono contemplati da un testo preciso. Questa interpretazione è fondata sulla regola di diritto che *ubi eadem ratio, ibi idem jus statuendum.* (L. 32, *D. ad L. Falc.*). Le LL. 13 e 27 (*d. Leg.*) consacrano lo stesso principio.

Con l' interpretazione restrittiva si escludono dall'applicazione della legge quei casi i quali, sebbene pajano virtualmente compresi nelle sue disposizioni, ed anche nel suo spirito generale, pure, non essendo precisamente contemplati, non si devono applicare. Questa norma è soprattutto imperativa per le leggi penali.

L' interpretazione dichiarativa è quella che ha per oggetto di chiarire il senso di una disposizione oscura ed ambigua della legge.

Queste diverse specie d'interpretazione sono dominate da alcune regole principali di legale ermeneutica che guidano allo scoprimento della verità, non solo nelle leggi ma anche nei contratti (i quali fanno legge

Digitized by Google

pei contraenti) e che possono formolarsi nel modo seguente: —

Esaminar bene il contesto intiero della legge o dell'atto, ravvicinandone le diverse parti: *incivile est*, — così la L. 24, *de Leg.* — *nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere*: e la ragione è che sovente un'espressione coadiuva l'intelligenza dell'altra: *una pars actus alteram saepe declarat.* (*L.* 126, *de Verb. Sign.*)

Investigare la volontà del legislatore o del disponente; e nelle locuzioni ambigue riguardar principalmente lo scopo che si è proposto (L. 96, de *Reg. juris*).

Tener conto dei lumi che possono offrire le consuetudini per chiarire la lettera o il senso delle disposizioni della legge o dell'atto.

Riguardare ciò che è più verosimile, meno iniquo, più umano. *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.* (*L.* 56, *ff. de reg. jur.*) E più energicamente la Leg. 10, 1, *ff. de reb. dub*: — *in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet.* E finalmente, che nelle cose oscure debba seguirsi ciò che è più verosimile, lo dice il buon senso.

Bisogna consultare lo spirito generale della legislazione, ricordare che la legge posteriore deve dominare sulla legge anteriore, la legge speciale sulla legge generale, l'eccezione sulla regola.

Si devono inoltre ricercare gli antecedenti e le conseguenze della disposizione espressa della legge.

Si deve finalmente preferire quella interpretazione per la quale la legge o l'atto ha la sua applicazione a quella che l'annulla.

Ommettiamo le altre regole d'interpretazione, come quelle a *contrario sensu, a fortiori*, per analo-

Digitized by Google

gia, perchè o rientrano nelle altre già indicate, o sono così incerte e dubbie da non potersi accettare interamente senza pericolo.

Ma ciò che bisogna ricordare è, diremo col Demolombe, che quando la legge è chiara e positiva, deve essere applicata, anche se le sue disposizioni paressero poco conformi ai principii generali del diritto, o alla equità. Il giudice stesso può ingannarsi: la legge, d'altronde, può essere fondata su ragioni d'interesse generale a cui ha bisognato sacrificare qualche interesse particolare: infine, e in ogni caso, questa legge, qualunque sia, dev'essere ubbidita perchè esiste.

36. Dell'interpretazione restrittiva.

Delle tre specie d'interpretazione sopra indicate la più pericolosa e la più difficile è l'estensiva. Gli è per questa ragione che nel progetto del Codice civile francese si era creduto di tracciare le norme, formolando un art. 9 nei termini seguenti: « l'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur les quelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois. On ne doit raisonner d'un cas à l'autre que lorsqu'il y a même motif de décider ». Questo articolo venne soppresso; ma i principii che contiene sono savi ed utili, e meritano di essere ricordati.

La dottrina e la giurisprudenza sono però concordi nel respingere ogni interpretazione estensiva alle leggi eccezionali: il che viene espresso in termini formali dalla legge 14 (d. *de Leg.*) « Ciò che è introdotto contro il diritto comune non può essere esteso ad altri casi »; *Quod contra rationem juris introductum est*

Digitized by Google

non est producendum ad consequentias. — Parimente le leggi fiscali, (imposte, dogane, registro, ec.) e tutte quelle che importano oneri ai cittadini, non possono, sotto alcun pretesto d'interpetrazione o di analogia, essere estese da un caso all'altro. In Francia, a dir vero, tende a prevalere una giurisprudenza opposta: e anche in Italia si fanno tentativi nello stesso senso. Ma la sostituzione della magistratura ordinaria ai tribunali prefettorali pel contenzioso amministrativo e specialmente per le questioni d'imposta, fa sperare il ritorno alle sane regole del diritto comune.

Le norme concernenti l'interpretazione restrittiva sono soprattutto applicabili, come venne accennato nel capitolo precedente, alle leggi che hanno per oggetto di ristringere la libertà naturale, la privazione dei diritti, l'introduzione di certe pene, di certe formalità. E questo principio è chiaramente sancito nell'art. 3 del titolo preliminare, del Codice Civile: « Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti, o formano eccezione alle regole generali, o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ».

Anche il Codice Penale ha un'esplicita dichiarazione del principio medesimo: esso infatti dispone che « le pene imposte dalla legge non potranno dal Giudice aumentarsi, diminuirsi, nè commutarsi, se non nei casi ed entro i limiti dalla legge stessa determinati: (art. 4) ».

Questo principio era già stato sancito dal diritto Romano, colla sua concisa evidenza: *In poenalibus causis benigne interpretandum est*, dice la *L.* 155, 2, *ff. de reg. iuris.* E questo precetto è sviluppato a più riprese (*V. L.* 32 *e* 42, *ff. de Poenis*).

Digitized by Google

È notevole la dichiarazione del legislatore che impone un carattere ristrittivo alle leggi che limitano il libero esercizio dei diritti. Lo scopo della legislazione di ogni nazione civile è di guarentire a ciascuno questo esercizio: per cui una legge che lo ristringa va in qualche guisa contro lo scopo naturale che dovrebbe proporsi: ed è quindi impossibile supporre che quando ciò avviene, non sia esplicitamente dichiarato dal testo della legge medesima. Sebbene sia piuttosto un principio generale di diritto che un precetto imperativo, pure venne sancito dall'art. 17 del Codice civile austriaco, il quale dispone che « tutto ciò che è conforme agli innati diritti naturali si ha per sussistente finchè non sia provata una legale restrizione di questi diritti »: la quale dichiarazione è la parafrasi esatta di un testo del diritto romano (*Leg. 4, D. de St. hom.*) che dice: *libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*

37. Interpretazione dichiarativa.

Avviene qualche volta che per l'oscurità o l'ambiguità dei termini, o del senso, o dei termini e del senso insieme, sorgano dei dubbi sull'applicazione che se ne deve fare. — Nel primo caso, bisogna seguire la regola tracciata dalla legge 96 (*D. de reg. jur.*) — quando i termini presentano dei dubbi, bisogna attaccarsi al senso: — *in ambiguis orationibus, maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulit.* — Nel secondo caso, si applica la regola, *in re dubia verbis legis standum* (*L.* 1, 20, *D. de ex.*) Nel terzo caso, quando il senso e i termini sono oscuri, o che la materia è incerta, bisogna attaccarsi al senso, poichè ciò che importa ricercare è la volontà del legislatore.

Digitized by Google

38 Dei diversi sussidi per l'interpretazione delle leggi.

Fra gli elementi di cui il magistrato può valersi per interpretare la legge abbiamo già accennato esservi i motivi della legge stessa dedotti dai processi verbali delle discussioni a cui ha dato luogo. Così pel Codice civile abbiamo i processi verbali delle discussioni avvenute in Francia, e quelli dei lavori preparatori, delle relazioni e delle discussioni dei ministri e delle diverse commissioni incaricate di compilarlo.

Il magistrato ha soprattutto le fonti inesauste della sapienza dei nostri padri, alle quali può attingere ogni volta che si tratta di dilucidare una disposizione di legge, che abbia le sue radici nel diritto romano.

Sono anche preziosi sussidi gli usi e consuetudini, a cui non di rado il legislatore si riferisce.

Può trarne anche non poco beneficio dalla giurisprudenza più autorevolmente stabilita.

La cognizione dei trattati internazionali può essergli parimente indispensabile, essendo essi obbligatorii per quelle parti che concernono persone o cose straniere nei loro rapporti coi cittadini.

Anche le leggi canoniche hanno frequenti casi d'applicazione in tutte le quistioni che non sono esplicitamente sciolte dal diritto comune; o che risalgono a tempi nei quali quelle leggi erano in vigore.

Finalmente, le leggi emanate da un governo straniero sono le sole imperative per tutto ciò che riguarda lo statuto personale degli individui soggetti a quel governo medesimo.

Sull'utilità di queste varie specie di sussidi per

l'applicazione e l'interpretazione delle leggi non è necessario estendersi lungamente. Dirò solo brevemente della giurisprudenza e degli usi e consuetudini, dell'indole della loro autorità.

59. Della giurisprudenza.

Quando sopra una stessa fattispecie venne pronunciata dall'autorità giudiziaria una serie non interrotta di sentenze uniformi, allora si dice che la giurisprudenza si è fissata in quel dato senso: e se l'autorità che ha pronunciato è la Corte di Cassazione, allora si può dire che la sua interpretazione completa quasi la legge. E le leggi romane davano alla giurisprudenza una forza ben più decisiva, quando dissero: *in ambiguitatibus vero quae ex lege proficiscuntur, rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinet auctoritas* (L. 38, D. *de Leg*).

« La giurisprudenza non è meno utile delle leggi », diceva Portalis: e con ragione Bacone potè scrivere che se le leggi sono l'àncora degli Stati, i giudicati sono l'àncora delle leggi. — *Judicia enim anchorae legum sunt, ut leges reipublicae* (*De Iust. univ. aph.* 73).

È però cosa difficile assai stabilire i limiti entro i quali l'autorità della giurisprudenza è tale da poter essere accettata quasi come un supplemento della legge. Spetta alla sagacità del magistrato e del giurisconsulto a distinguere quelle fra le sentenze che formando davvero autorità possono fornire le basi di giudiziosa e sana giurisprudenza.

Sebbene la corte di Cassazione abbia mandato di mantenere l'unità della giurisprudenza, e che quindi i suoi soli giudicati abbiano agli occhi delle corti e

Digitized by Google

dei tribunali l'autorità necessaria per essere accettati come norma regolatrice dei punti di diritto ancora controversi, pure è da notarsi che le sue sentenze sono solamente applicabili alle parti che le hanno provocate; che le corti e i tribunali non sono obbligati a conformarvisi se non nel caso preveduto dalla legge. Ed ecco quale: quando dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda pronunziata dall'autorità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per li stessi motivi proposti contro la prima, la Corte suprema pronuncia a sezioni riunite: ove la seconda sentenza venga cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi puramente e semplicemente alla decisione della Corte di Cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato (*C. di Proc. Civ.*, art. 547).

Ma è egli a dire che questa decisione sia imperativa anche per tutti i tribunali e tutti i casi identici che si presentano per l'avvenire? No. Essa non ha che un valore puramente morale: i magistrati sono padroni di conformarvisi o no, salvo alle parti a provocare una nuova decisione identica dalla Corte di Cassazione, nel caso in cui le future sentenze dei tribunali siano contrarie alla giurisprudenza che questa ha stabilito. Anzi, neppure la Cassazione medesima è obbligata a mantenere costantemente la giurisprudenza già adottata e può rinvenire su suoi passi, e adottare, se il crede giusto, una giurisprudenza diversa.

È chiaro che se una massima adottata da un tribunale, sia pure il più elevato, fosse obbligatoria per tutti, allora l'autorità giudiziaria assumerebbe ufficio e carattere di autorità legislativa: ed è ciò che non

si deve consentire. Si fu appunto per evitare questa confusione di poteri che il Codice Napoleone contiene l'art. seguente; « il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises (1, art. 5). » E la Corte suprema di Francia vigila con la maggiore severità all'esecuzione del disposto di questo articolo. I tribunali adunque non possono pronunciare che sui processi che sono loro deferiti, e nei limiti delle conclusioni prese dinanzi a loro dalle parti. Queste conclusioni sono il principio e la misura del potere dei giudici in ciascuna causa, e formano i termini di un vero contratto giudiziario, in virtù del quale si reputa che le parti si sono messe d'accordo per sottomettere la loro controversia alla giustizia; per cui dev'essere limitato, come le convenzioni in generale, alle parti stesse, all'oggetto determinato, e alla causa del processo. (*Cod. Civ.*, art. 1123; 1130; 1351; — *C. di Proc. Civ.*, art. 517, al. 4, 5. Vedi Demolombe I, 35 — Zachariae, 39 — Mourlon, 93.)

Sebbene il nostro Codice non abbia una disposizione equivalente all'art. 5 del Cod. Nap, pure il principio di diritto che limita la facoltà interpretativa dell'autorità giudiziaria è in vigore anche presso di noi. Si vuole bensì guarentire la sua indipendenza: ma non si può permettere che assuma le attribuzioni del potere legislativo. E, d'altra parte, stante l'autonomia delle Corti non si può negar loro il diritto di giudicare secondo che una più esatta interpretazione delle leggi consiglia loro: nelle leggi, non nelle sentenze o nei precedenti, devono i magistrati cercare la regola dei loro giudicati: *non exemplis sed legibus judicandum.* (*L.* 13 *C. de sent. V. int.*)

Digitized by Google

40. Degli usi e consuetudini

Uno degli elementi più utili per la cognizione delle antecedenze e delle conseguenze di una legge, e un criterio direttivo prezioso per interpretarne lo spirito, è la consuetudine: *optima legum interpres consuetudo* (*L.* 37.) E il Codice italiano rimanda sovente agli usi e consuetudini dei luoghi per regolare quei punti la cui soluzione non implica nessun principio o interesse d'ordine pubblico (Vedi principalmente gli art. 506, 1124, 1232, 1505, 1513, 1600, 1607-10, 1652, ec.). Dal che risulta chiaramente che, nel silenzio, nell'ambiguità o nell'oscurità della legge o dei contratti, anche le consuetudini hanno forza imperativa. Quindi, il giudice può fondare le sue decisioni sugli usi e consuetudini, ma solamente nei casi sopra indicati. ***Diuturna consuetudo pro jure et lege in his quae ex scripto non descendunt observari solet.*** (*L.* 33, *ff. de L. I.*)

Una consuetudine costante è forse ciò che meglio d'ogni altra cosa esprime i voti e i bisogni di un popolo: e i legislatori sovente, e con ragione, ne traggono largo partito pel riordinamento delle leggi. D'altronde, siccome un uso o consuetudine non si può radicare e perpetuare senza il tacito consenso del legislatore, non è a stupire se finisce con l'avere presso a poco la forza d'una legge e partecipare alla sua autorità. ***Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*** (L. 32:) e con più precisione ancora: ***ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea quae scripta sunt jura, servantur.*** (*L.* 35.) Che altro è infatti una lunga consuetudine

Digitized by Google

se non una tacita convenzione dei cittadini, rispettata del legislatore?

Una consuetudine non si stabilisce che col concorso delle circostanze seguenti: — che il principio giuridico invocato a titolo d'uso o di consuetudine sia stato applicato, in modo non equivoco, come regola legalmente obbligatoria, a più riprese, e per un lungo spazio di tempo; — che quest'applicazione sia stata fatta pubblicamente, affinchè il legislatore abbia potuto averne cognizione: — che non sia stata condannata nè tacitamente, nè espressamente dal legislatore. (Zachariae, 23: — Toullier, T. I, 49).

Naturalmente, ogni consuetudine contraria ai costumi, alla libertà, all'ordine o all'interesse pubblico, o nociva, o sragionevole, dev'essere rispinta, senza che sia necessaria l'interdizione espressa o tacita del legislatore.

Senza voler dare una lista completa dei casi nei quali il legislatore si rimette agli usi e consuetudini dei luoghi, possiamo accennare quì i principali.

I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto nei medesimi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che, secondo l'equità, l'uso, o la legge ne derivano (art. 1124). — Il patto ambiguo s'interpreta secondo ciò che si pratica nei paesi dove fu stipulato il contratto (1134). — Nelle materie commerciali l'interesse degli interessi è regolato dagli usi e dalle consuetudini. (1232.) — Gli usi e consuetudini regolano parimente il tempo entro cui si può proporre l'azione redibitoria nelle vendite di animali (1505), e i vizi pei quali può essere proposta (id.) — Il compratore dell'immobile è tenuto, per licenziare il conduttore, a renderlo avvertito nel

Digitized by Google

termine stabilito dalle consuetudini dei luoghi per le denunzie di licenza (1598–1600.) Per la locazione delle case e la maggior parte dei carichi di riparazione che ne nascono pel locatore e pel conduttore (in mancanza di patti, ed escluse quelle determinate dalla legge) si ricorre egualmente alla consuetudine (1604): — lo stesso si fa per la durata delle locazioni, in mancanza di scritta (1608–9–10–13).

Da questa enumerazione che potrebbe essere accresciuta di molto, risulta abbastanza che la legge ha mantenuto agli usi e consuetudini tutta quella forza che poteva lasciar loro, senza che all'interesse pubblico ne venisse nocumento.

E si può dire che il codice nuovo si è fermato in quella giusta misura che gli fu tracciata dalla sapienza del legislatore romano.

41. Del limite assoluto d'ogni interpretazione.

Esposte così le regole generali dell'interpretazione giudiziaria, importa però sommamente ripetere come principio è conclusione di quanto è stato detto finora che, quando la legge è chiara, se anche fosse severa e dura, nondimeno nessuna ragione di equità o di opportunità deve autorizzare il magistrato a darle un'interpretazione diversa dalle sue disposizioni precise. Egli deve ricordare le parole d'Ulpiano a questo proposito: *hoc per quam durum est, sed ita lex scripta est*! (L. 12, ff. *Qui et a quib.*) — Se la legge è crudele, inopportuna, contraria alla giustizia, l'incarico di riformarla o di abolirla spetta al legislatore: quello del magistrato è di applicarla.

Digitized by Google

42. Dell' interpretazione legislativa.

L'interpretazione legislativa, od autentica, differisce sommamente dall' interpretazione giudiziaria, in ciò che essa fa conoscere in tutta la sua esattezza il pensiero della legge. Mentre l' interpretazione giudiziaria è esclusivamente limitata a ciascuna delle cause particolari alle quali si applica, perchè i magistrati non hanno il diritto di pronunciare per via generale o di regolamento, l' interpretazione legislativa o per via d'autorità dev'essere obbligatoria per tutti, come ogni altra legge: essa s' incorpora colla legge che interpreta. E ciò in virtù del principio che *ejus est interpretari legem, cujus est condere* (L. *ult.* C. *de Leg.*). Il legislatore può sviluppare il senso della legge anteriore, può modificarlo, per renderne l'applicazione più facile, più conforme allo scopo.

Ho già indicato nel cap. 28 l'eccezione che si fa al principio della non retroattività in favore delle leggi interpretative, e le ragioni che la giustificano. Quì mi limito ad aggiungere che per quanto l' interpretazione data nelle sentenze passate in giudicato o negli affari già terminati sia contraria a quella che viene più tardi a dare la legge, pure, tanto le une come gli altri conservano tutta la loro validità.

Digitized by Google

LEZIONE V.

COME CESSI DI AVER FORZA LA LEGGE POSITIVA.

43. Del progresso nelle leggi.

Le società umane sono governate da una legge di progresso, la quale le spinge ad un continuo miglioramento della loro condizione. Questo miglioramento si compie nello sviluppo economico, intellettivo e morale degli individui.

Ora, se le società progrediscono, può il legislatore rimanere immobile? Evidentemente, no: egli deve seguire le trasformazioni successive della società, e ad ogni progresso che si compie nei costumi e nell'ordinamento civile deve tener dietro, come sanzione, un progresso nelle leggi. Il fatto solo dell'esistenza di un potere legislativo, il cui còmpito unico è di riformare le leggi imperfette, di prepararne e di votarne delle nuove per rispondere alle nuove esigenze della vita sociale e che siede in permanenza, come una parte essenziale e costitutiva del potere sociale, questo solo fatto dimostra la necessità della continuazione dell'opera legislativa.

Digitized by Google

Le leggi « fatte per provvedere agli interessi e ai bisogni della vita, spesso non raggiungono più il loro scopo, perchè il progressivo movimento morale ed industriale della società sovente estingue bisogni che prima esistevano, ed altri ne fa sorgere ai quali prima il legislatore non poteva provvedere. (Buniva, *Delle leggi in generale*, pag. 124); » di quì la formazione di nuove leggi e l'abrogazione di leggi già esistenti.

Un frammento di Ulpiano significa con molta precisione i diversi oggetti dell'opera legislativa: *Lex aut rogatur, idest, fertur: aut abrogatur, idest tollitur: aut derogatur, idest pars primae tollitur: aut subrogatur, idest adiicitur aliquid primae legi: aut adrogatur, id est, mutatur aliquid ex prima lege* (Tit. I, 3). Nell'uso comune però non sono rimaste che le due voci *abrogazione* e *deroga,* la prima delle quali serve ad esprimere l'abolizione totale di una legge preesistente, mentre l'altra è adoperata per indicare la revoca parziale di una legge che continua ad essere in vigore nelle parti non derogate.

44. Chi ha il diritto di abrogare le leggi.

Il diritto di abrogare le leggi o di apportar loro le modificazioni richieste dai tempi o dalle nuove necessità dell'ordine sociale spetta naturalmente al potere che ha il diritto di farle: *cujus est condere legem, ejus est abrogare,* dicevano i giurisconsulti romani. Quindi, nè l'autorità giudiziaria, nè l'autorità esecutiva possono arrogarsi il potere di abbrogare o di modificare una legge vigente.

È bensì accaduto che il potere esecutivo abbia,

Digitized by Google

con un regolamento, derogato a qualche disposizione esplicita della legge: ma ho già detto (art. 21) che nè i cittadini possono essere obbligati ad ubbidire al regolamento, dovendo essi attenersi alla legge, nè il magistrato può applicare una disposizione che sia evidentemente incostituzionale, perchè contraria alla legge e promulgata da chi non aveva il potere di farlo.

L'art. 5 del titolo preliminare dichiara nel modo più preciso che al solo legislatore spetta l'ufficio e il potere di abrogare le leggi.

45. Carattere dell'abrogazione.

Ma quand'è che una legge può dirsi abrogata? E qual norma ha il cittadino per saperlo, ogni volta che l'abrogazione non sia stata solennemente fatta dal legislatore?

L'articolo sopra citato contiene i principii generali dell'abrogazione: « le leggi, dispone esso, non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle sue disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regola la intiera materia già regolata dalla legge anteriore ».

Il legislatore riconosce adunque due specie di abrogazione; l'una, dichiarata da lui, l'altra, che scaturisce implicitamente dall'antinomia fra una vecchia legge e la nuova, o che è resa inevitabile dalle disposizioni della nuova legge, la quale, regolando l'intiera materia, toglie ogni forza alla precedente. La prima, enunciata in termini formali, è l'abrogazione espressa; le altre due forme ci danno l'abrogazione tacita: ma l'espressa come la tacita produ-

cono gli stessi effetti. Però v'è questa differenza: che mentre l'espressa esclude ogni controversia e si prova da sè medesima, la tacita invece è mestieri che sia provata.

È infatti principio di diritto che l'abrogazione tacita di una legge non si suppone: spetta a colui che l'allega l'incarico di provare l'incompatibilità della legge nuova con l'antica: ed è naturale. Quando una legge è in vigore, non è stata abrogata, nè vi fu derogato da un'altra legge, essa conserva tutto il suo effetto. Nè il cambiamento di politiche instituzioni o di dinastie, nè le modificazioni territoriali, nè la caduta del potere cui la legge è dovuta, nè altro pubblico avvenimento ha facoltà di farne cessare la forza imperativa, ove, s'intende, essa non sia in aperta contraddizione col nuovo ordine di cose. In questo caso essa è abrogata o vi si deroga in tutte quelle disposizioni la cui incompatibilità è manifesta; ma tutte le altre rimangono in vigore.

Prima, per altro, di determinarsi per l'abrogazione o la deroga, è di somma importanza assicurarsi bene che non esiste mezzo alcuno di conciliazione; perchè, a meno di una contrarietà evidente, si presume sempre che la legge precedente sia stata considerata come sotto intesa e completata dalla posteriore. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.* (L. 28, D. *de leg.*) Quando però l'antinomia è manifesta è mestieri riferirsi alla legge più recente: *constitutiones tempore posteriores potiores sunt his quae ipsas precesserunt* (L. 4, D. *de Cost.*) ed è alla legge più recente che, nel dubbio, bisogna dare la preferenza; dovendosi presumere che il legislatore ha voluto, non peggiorare, ma correggere l'opera sua.

Digitized by Google

Quando avvenga che si abbiano dinanzi due disposizioni inconciliabili, l'una delle quali non può essere eseguita insieme all'altra, la nuova importa naturalmente l'abrogazione dell'antica. Ma quando le leggi non sono opposte che in alcuni punti, è in questi soltanto che si opera l'abrogazione; il silenzio della nuova legge sugli altri punti dell'antica, non deve impedirne l'osservanza.

Le leggi generali possono essere abrogate implicitamente da leggi speciali: *in toto iure*, — così la L. 80, al Cod. *de Regulis juris*, — *generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*

Una legge poi che sia stata fatta per un tempo limitato o per un'occasione determinata e precisa, rimane di pien diritto abrogata collo spirare del termine stabilito, o col cessare l'occasione che le ha dato origine. Così la legge (7 aprile 1859) che investiva il Re di tutti i poteri legislativi ed esecutivi, dovea essere in vigore per tutta la durata della guerra con l'Austria; e il governo avea facoltà di emanare disposizioni per limitare provvisoriamente la libertà della stampa e la libertà individuale. È ben vero che il governo usò ed abusò largamente ed illegalmente dei poteri conferitigli, anche dopo che, cessata la guerra con l'Austria, era spirato il termine entro il quale la legge aveva vigore, ed era perciò necessariamente abrogata: ma un principio non perde la sua forza perchè è leso. Molto più costituzionalmente si procedette nell'applicazione della legge 17 maggio 1866, la cui durata era circoscritta alla fine dell'anno, e che venne abrogata di fatto colla convocazione del Parlamento e col ritorno alle condizioni normali dell'ordine legale.

Digitized by Google

È evidente però che l'abrogazione di una legge pel cessare del motivo che l'ha determinata, allora soltanto ha luogo quando è positivo che a quel motivo unicamente ha dovuto la sua esistenza.

È sorta la quistione se una legge abrogata in termini formali e precisi venga a rivivere, o se rimanga sempre estinta, quando la legge abrogativa fosse abolita a sua volta. La risposta non può essere che affermativa, a meno che il suo ritorno in vigore non sia incompatibile con qualche altro principio di diritto comune.

46. Come ha luogo l'abrogazione.

Nella formazione delle leggi si dovrebbe aver cura di determinare nettamente quali sono quelle antiche che si vogliono abrogare: sarebbe questo il miglior modo d'evitare le antinomie, i conflitti, le oscurità. Si è trovato invece più comodo dichiarare con un articolo finale che sono abrogate tutte le disposizioni contrarie alla nuova legge promulgata; lo che è una vera superfetazione; essendo evidente che, anche senza una simile dichiarazione, la vecchia legge cede alla nuova.

Si comprende che questa dichiarazione sia contenuta nello Statuto, poichè esso ha forza generale ed assoluta: e quando esso dispone (art. 81) che ogni legge che gli sia contraria è abrogata, si sancisce un principio fondamentale di diritto costituzionale. E si comprende altresì che una disposizione analoga sia contenuta nei Codici, i quali, regolando una quantità infinita di materie, non potrebbero enumerare le singole leggi che essi vengono ad abrogare. Ma quando si tratta di leggi speciali è cosa assai più pratica e razio-

Digitized by Google

nale che siano accennate tassativamente le leggi o le disposizioni abrogate.

47. Autorità degli usi e consuetudini in materia di abrogazione.

È sorta la quistione se gli usi e consuetudini possano abrogare una legge ancora vigente: la quistione è molto diversa da quella che concerne la loro forza interpretativa e suppletiva: perchè altro è spiegare o completare una legge, altro è abrogarla o derogarvi.

Il diritto romano ha due testi che sembrano contraddirsi: nell'uno (L. 32, 1, *ff. de Leg.*) la consuetudine avrebbe tal forza da vincerla perfino sull'autorità legislativa: e ne dà per motivo che *leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod judicio populi receptae sunt .... Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ? ... Quare rectissime receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. Il testo, come si vede, è formale.

Invece la legge 2, C., *quae sit. long. cost.*, la consuetudine, per quanto sia rispettabile e antica, non può prevalere contro la ragione e la legge. Si sono fatti degli sforzi per conciliare i due testi (Voet, tit. *de Leg.* 37): ma Merlin ha giustamente mostrato che la loro antinomia è radicale.

Nella nostra legislazione questa quistione è risolta nel senso negativo; e l'art. 48 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice Civile dispone esplicitamente che nelle materie che formano soggetto del nuovo Codice cessino di aver forza dal giorno dell'at-

Digitized by Google

tuazione non solo tutte le altre leggi generali o speciali, ma anche gli usi e consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca. Da questo articolo si argomenta logicamente che il solo legislatore ha facoltà di abrogare le consuetudini e che queste non possono per conseguenza abrogare le leggi.

Nondimeno, sebbene l'abrogazione non possa risultare da una consuetudine contraria alle leggi, non si può tuttavia conchiuderne che gli atti ricevuti in buona fede, in conformità di una consuetudine vigente, debbano essere annullati: poichè è di principio che l'errore comune fa il diritto delle parti e che annullare gli atti ricevuti in simili condizioni sarebbe causa di perturbazioni nell'ordine sociale. E Dalloz, che sostiene questa tesi, (*Lois*, 933) cita un gran numero di sentenze che la confermano.

48. Dell'azione degli avvenimenti politici in materia di abrogazione.

I fatti che danno origine alle più difficili controversie relative alla validità e all'abrogazione delle leggi sono i cambiamenti di governo, qualunque sia la forma sotto cui si compiono; accenneremo tra questi il passaggio dal regime assoluto al regime liberale, la caduta di un governo e la sostituzione di un altro, l'annessione di uno Stato ad un altro, le occupazioni temporanee, e simili.

È impossibile esaminare per minuto tutte le quistioni che possono sorgere dal conflitto di leggi che è inevitabile nei casi sopra indicati. Vi sono però alcune regole generali la cui applicazione è conforme ai principii più sicuri del diritto pubbico e privato.

Così, è fuori di quistione che la cessazione della dominazione straniera, o la caduta di un governo assoluto quando vi succeda il governo libero, sono fatti che mettono immediatamente fine alla forza imperativa di tutte le leggi che sono incompatibili colle instituzioni del nuovo governo. Rimangono però valide tutte le obbligazioni e tutti gli atti intervenuti fra i cittadini sotto l'autorità delle leggi abrogate.

Tutte le leggi però che, sebbene poco liberali, possono però conciliarsi coi diritti dei cittadini, e che regolano interessi puramente individuali, mantengono la loro forza, fino a che non siano esplicitamente abrogate. Le stesse leggi fiscali più odiose — imposte, dogane, e simili — restano in vigore fino a che non siano abolite.

Ma quando è che si compie di fatto l'abrogazione delle leggi la cui incompatibilità col governo libero è evidente? E chi ha il potere di promulgarla?

Quando a un governo caduto ne succede uno scelto dalla popolazione nel suo seno, è a questo che spetta il potere di far leggi e quindi di abrogarle. Quando invece il governo che succede a quello distrutto viene dal di fuori, allora è a questo unicamente che spetta un tale còmpito.

Senza dubbio, non è facile cosa procedere con rigorosa legalità quando hanno luogo quei rivolgimenti politici che cambiano le condizioni di esistenza o il governo degli Stati: ma è evidente che una legge, anche tirannica e quindi incompatibile col governo libero, conserva tuttavia la sua forza finchè non sia abrogata: non si può ammettere che cada di per se, o sia abrogata di pien diritto al compiersi di avvenimenti che non erano preveduti. Per evitare adunque le controversie

Digitized by Google

e i danni a cui può dar luogo l'incertezza e il silenzio, il nuovo governo deve affrettarsi ad abolire quelle leggi, a provvedere alla loro surrogazione, e a mantenere per quanto è possibile inviolato l'ordine legale.

49. Delle riforme costituzionali.

Ma è sorta una controversia assai grave sulla quistione se il potere legislativo possa abrogare con una legge speciale una disposizione precisa dello Statuto. Non solo la risposta dev'essere affermativa: ma non riesco a comprendere come si sia potuto mettere in discussione una verità così luminosa.

Lo Statuto, si dice, venne emanato dalla Corona, come autorità costituente, investita del sommo potere: esso è la legge fondamentale dello Stato: non può quindi essere abrogato che da un' assemblea straordinaria, con mandato speciale, e investita a sua volta di un potere supremo dalla Corona. Il Parlamento, che esiste in virtù di quello Statuto medesimo, non può modificare la legge fondamentale che lo ha creato e per la cui virtù siede e delibera.

La confutazione di questo sistema è agevole a farsi. Qualunque sia l'accidente che gli ha dato origine, il potere legislativo è un corpo vivente di vita propria, sempre operante, investito di facoltà sovrana per tutto ciò che entra nella cerchia delle sue funzioni; a lui nulla s' impone: « egli può, diremo col Broglio, egli deve anzi, quando occorre, toccare ogni cosa; egli è onnipotente, è l' interprete costante e riformatore dello Statuto », anzi, « è addirittura egli stesso la costituzione viva, incarnata, perpetua » (*Delle forme parlamentari*, pag. 367). Ecco il concetto vero

Digitized by Google

del potere legislativo; ecco il campo d'azione della sua autorità.

Senza dubbio, una nozione così larga dell'indole del governo costituzionale può far paura agli spiriti miopi e pusillanimi che non sapranno accettare l'idea di un Parlamento che esercita, come cosa normale, le funzioni sovrane di costituente perpetua, che ogni giorno adempie, per quel tanto che gli compete, la sua parte di azione riformativa, interpretando appunto lo Statuto, modificandolo, come ogni altra legge, secondo le varie esigenze e le migliori opportunità. Eppure, ove ben si rifletta, l'esercizio riconosciuto di questa facoltà è la migliore guarentigia contro i tentativi disordinati e rivoluzionari che si potrebbero fare per abolire qualche articolo della legge fondamentale. L'esperienza dell'Inghilterra ci prova la forza di questa verità.

Digitized by Google

LEZIONE VI.

DELLE LEGGI CHE REGOLANO LO STATO E LA CAPACITÀ DELLA PERSONA.

---

50. Stato, capacità, persona.

Le leggi concernono le persone, le cose o gli atti: bisogna quindi considerarle sotto questo triplice aspetto.

Quando si parla dello stato (*s tatus*) e della capacità delle persone si vuole significare quel complesso di doveri e di diritti che risultano per l'uomo naturalmente della convivenza sociale, e che sono regolati dalla legge. Essere cittadino o straniero, minorenne o maggiorenne, celibe o maritato, — questi ed altri sono i fatti che costituiscono lo stato e la capacità di una persona, e, per conseguenza, la sua condizione giuridica.

È persona chiunque ha facoltà di obbligarsi in faccia agli altri e di obbligare gli altri verso di se: quindi, essere capace di diritti e di obbligazioni, —

Digitized by Google

tale è il carattere essenziale della personalità civile. (1). Vi sono persone individue e persone *collettive*, o fittizie, o *civili* — dette anche enti morali, come lo Stato, la Provincia, il Comune, le Università, gli Ospizii, le società, ec: queste formano degli esseri astratti o giuridici i quali, come le persone propriamente dette, possono obligarsi ed obligare, hanno diritti da esercitare, doveri da compiere.

In generale, e fino a prova contraria, tutte le persone si suppongono intieramente capaci; (arg. dagli art. 273, 762, 1105): e ciò si applica tanto alle persone individue come alle persone morali. Spetta a chi vi ha interesse la cura di assicurarsi della capacità della persona con cui contratta.

(1) È nota l'etimologia del vocabolo - *persona:* esso significava in Roma la maschera di cui gli attori si coprivano il capo nel recitare. I teatri in cui avevano luogo le rappresentazioni erano così vasti che, onde far sì che la voce degli attori si potesse udire a gran distanza, si avviluppava loro il capo con una maschera completa, la cui figura rappresentava la parte che ciascun d'essi faceva: e la maschera era fatta in modo che l'apertura dalla quale avea luogo l'emissione della voce ne rendeva il suono più forte: *vox personabat.* Di qui il nome di *persona* dato alla maschera che procurava il rumore della voce. In seguito, la parola *persona* servì a indicare la parte di ciascun attore, perchè la maschera era adattata all'età e al carattere di chi parlava, e qualche volta era il suo stesso ritratto.

Dal teatro questo vocabolo passò nella società: e servì a distinguere un individuo da un altro, indicandolo pei suoi attributi caratteristici. La giurisprudenza accolse il vocabolo e lo applicò nel medesimo senso, poichè un solo uomo potendo rappresentare nel civile consorzio diverse parti o *persone* — come quelle di cittadino, di marito, di padre di famiglia, ec. — era naturale che si facessero le distinzioni richieste da questi diversi stati (Toullier, I, N. 168 — Ortolan, *Inst. de Just.*, pag. 9 — Murlon, I, 97).

Digitized by Google

I rapporti che esistono fra le persone morali, e particolarmente fra lo Stato, i Comuni, gli stabilimenti di publica utilità e i terzi, sono di lor natura sottomessi al diritto civile, e vengono regolati dai principii generali di questo diritto, meno i casi in cui una disposizione espressa dalla legge non abbia collocate queste persone morali in una situazione eccezionale (Arg., art. 518, 932, 1060, 2114).

Ogni individuo umano che si trovi nelle condizioni determinate dalle leggi per assumere doveri ed esercitare diritti, è dunque una persona. Il fanciullo, il pazzo, l'idiota sono virtualmente persone, ma non lo sono di fatto, poichè non possono obligarsi nè obligare. Ove però essi vengano ad acquistare o a riavere le condizioni volute, sono o ritornano persone nel senso giuridico della parola.

Fra le persone collettive, o morali, o civili, alcune esistono di per sè, come lo Stato, il Comune; altre nascono dalla legge o dalla volontà dei privati. È da notarsi a questo riguardo la dottrina professata assai generalmente, che non possa esistere alcun ente morale che non sia stato creato dalla legge. Anzitutto, se ciò è esatto in alcuni casi, è erroneo in molti, perchè vi sono molte persone collettive la cui esistenza è dovuta esclusivamente alla volontà dei componenti, come sono diverse specie di società civili e commerciali. In secondo luogo, giova osservare, che meno alcuni casi, la costituzione di una persona morale non è punto l'opera della publica autorità, ma che questa la riconosce e la sancisce, quando esiste. Sarebbe assurdo invero pretendere che l'esistenza legittima di una persona collettiva debba sempre ed unicamente dipendere dal riconoscimento legale che se ne faccia, quando si

Digitized by Google

pensi che molti instituti o altri enti morali sorsero di per sè, senza alcun concorso della legge positiva, e che non pochi vissero attraverso i più svariati rivolgimenti politici, e videro cadere e nascere molti governi e Stati diversi. Per cui una tal massima, presa in senso assoluto, non è meno erronea in fatto che in diritto.

La conseguenza che si trae dalla dottrina che ogni persona collettiva è creazione del legislatore, è questo, che la legge può distruggere ciò che ha creato. Ora vi sono dei diritti che nessun legislatore può nè deve violare; e il diritto di associarsi e di costituire così delle persone morali, è uno dei più essenziali del governo libero; dal che consèguita logicamente che l'esistenza di una società non può essere creata nè distrutta dal legislatore, il quale ha invece per mandato di regolarne le condizioni, e di guarentire il pacifico e legittimo esercizio de'suoi diritti e de'suoi doveri.

Dinanzi però alla difficoltà di constatare il fatto della creazione legale delle persone morali, e dinanzi al gran numero che ne esistono senza aver avuto bisogno di riconoscimento per parte della legge, alcuni giurisconsulti hanno creduto salvare il principio col dire che il riconoscimento può essere anche tacito. Ma non è facil cosa stabilire questo principio con un testo positivo di legge.

Zachariae (I, 52)annovera tra le persone morali anche le autorità e i pubblici ufficiali dello Stato, per la ragione che i diritti da loro acquistati, e le obligazioni legalmente contrattate in questa loro qualità non sono inerenti alla loro persona individua, ma agli ufficii che essi coprono. La legislazione inglese riconosce positivamente questo carattere ad alcuni pubblici agenti (Blackstone, *Commentaire*, L. I, cap. 18).

Digitized by Google

Un'ultima conseguenza da trarsi, da quanto si è detto finquì è che, naturalmente, la personalità individua di coloro che compongono una persona morale è distinta da quella della persona morale medesima. Possono quindi obligare ed obligarsi sotto ciascuna delle due personalità che rappresentano.

La qualità di persona è creata o modificata secondo che un individuo si trova o no nelle condizioni seguenti: se è cittadino o straniero: — se ha il godimento de' suoi diritti civili, se ne è privo, ed in qual misura: — se è maggiorenne o minorenne: — di senso maschile o femminile: — maritato, o no: — ascendente o discendente: — parente legittimo o naturale: — interdetto o no: — assente o presente. I diritti e i doveri delle persone variano secondo queste differenti qualità.

Del resto, anche l' individuo privato è, in diritto, un vero ente morale, perchè rivestito di una specie di carattere astratto, che lo distingue dall' *uomo* propriamente detto: ed è sotto questo aspetto che non solo egli è padre, marito, ec., ma elettore, eleggibile, e via discorrendo.

Giova inoltre ricordare ciò che si disse poc'anzi, che, cioè, più individui possono costituire una sola persona; come gli stati, i comuni, ec., mentre un solo individuo può rappresentare diverse persone, coll'essere nel tempo stesso padre, pubblico ufficiale, ec.

Talora la personalità civile si dà provvisoriamente ad un ente materiale, come un'eredità giacente.

Finalmente, vi sono delle persone le quali, o per una finzione legale o in realtà non muojono mai: e sono gli enti morali come lo Stato, i Comuni; il sovrano nei governi costituzionali, i corpi politici, magistrature e simili.

Digitized by Google

Le leggi instituite nel seno d'ogni società sono destinate a regolare la condizione delle persone, i loro atti e la condizione delle cose. Non occorre aggiungere che le cose sono sempre considerate nei rapporti che hanno colle persone.

51. Degli Statuti personali, e degli Statuti reali.

Il vocabolo *Statuto* che, nel linguaggio giuridico degli antichi scrittori, si adoperava per designare le leggi municipali, venne conservato per farne l'applicazione ai due ordini di leggi che regolano i diritti delle persone e quelli che concernono le cose: e le prime sono dette *statuti personali*, le altre, *statuti reali*. Questa distinzione ha il suo fondamento nella diversità delle norme giuridiche che governano le persone e le cose: e i suoi effetti sono nettamente determinati dal legislatore, il quale dispone; « lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui appartengono (art. 6). — I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano. I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati (art. 7) ».

Così l'art. 6 dichiara i principii fondamentali delle leggi o statuti personali, la cui azione si estende a tutto ciò che concerne la condizione, la maniera d'essere, la nazionalità, la qualità di padre, di figlio, di marito, di figlio legittimo o naturale la maggiore età, e simili — e l'art. 7 traccia le norme delle leggi o statuti reali, cioè, la condizione dei beni, tanto mobili come immobili.

Digitized by Google

Senonchè le difficoltà che si sono presentate sovente nell'applicare la distinzione fra gli statuti personali e gli statuti reali furono causa che alcuni giurisconsulti, sulle traccie di Bartolo, ne idearono una terza specie che chiamarono statuti misti: e vi classificarono tutte le leggi che concernono gli atti, la loro forma, la loro forza probante. Ma le difficoltà superate con questa triplice ripartizione si rappresentano sotto altri aspetti: e conflitti gravissimi sorsero nella giurisprudenza e fra gli autori per decidere quali erano veramente i caratteri degli statuti misti. Per cui oggi sono pressochè abbandonati da tutti, e si ritornò alla divisione più logica degli statuti personali e reali.

Voet (Sez. 4, Cap. 2, *de Statutis*) ha definito con precisione i segni caratteristici dei diversi statuti, scrivendo: *Illa realia dicuntur quae rem afficiunt et quidem primo et principaliter. Personalia quae duntaxat personas dirigunt, abstracte ab omni materia reali.* Svolgendo questa definizione si può dire che i caratteri speciali dei due Statuti sono generalmente i seguenti:

Quando una legge ha avuto per iscopo essenziale e immediato di determinare la condizione delle persone, come avviene quando imprime una qualità, (quella di marito, d'interdetto, ec.) allora è una legge personale, sebbene ne suoi effetti possa produrre qualche disposizione relativa ai beni. Così l'ipoteca che la legge accorda al minore sui beni del suo tutore (art. 292, 293, 1969.) — il godimento legale che il padre e nei casi determinati anche la madre hanno sui beni del figlio fino a che questo abbia raggiunto l'età maggiore (art. 228, e seg.): — queste ed altre simili disposizioni, benchè riguardino i beni, pure fanno parte de-

Digitized by Google

gli statuti personali, perchè il loro oggetto essenziale è lo stato e il diritto delle persone, mentre la condizione dei beni non vi è regolata che in modo accessorio: e l'accessorio segue il principale.

Se adunque il cittadino va all'estero, egli vi porta con sè le sue condizioni di stato e capacità. Così, non può contrar matrimonio prima di anni 18, se uomo, di 15, se donna (art. 55) nè adottare prima di 70 anni, nè se abbia discendenti legittimi o legittimati (art. 202) quando pure nel paese in cui si trova il matrimonio e l'adozione fossero regolati da disposizioni diverse — Quindi, ove i tribunali italiani dovessero giudicare un atto di un cittadino fatto all'estero, essi devono consultare, per determinare la sua capacità, non già la legge del paese in cui ebbero luogo, ma la legge italiana.

In compenso, le leggi che reggono lo stato e la capacità dello straniero che viene in Italia sono quelle del suo paese: l'art. 6 è formale. Esso non fa distinzione fra italiano e straniero: dichiara nel senso più assoluto che lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui appartengono: e con questa disposizione, che sancisce uno dei principii più incontestati del diritto internazionale, mette un termine alle infinite controversie a cui il silenzio del Codice Napoleone non ha cessato di dar luogo. È giusto tuttavia riconoscere che due Codici avevano preceduto il nostro nella sanzione di questo principio; il Prussiano (art. 23) e l'Austriaco (art. 34). Nei Codici degli altri paesi regna la più grande diversità; e alcuni, come quello dei Paesi Bassi (art. 9) e quello abolito delle due Sicilie (art. 5) vanno fino a disporre che gli stranieri

entrati nei due paesi non possono invocare le leggi personali della loro patria. Altre legislazioni invece, ammettendo il principio sancito nelle nostre leggi, hanno fatto delle eccezioni nell' interesse dei nazionali (V. Foelix, *Traité de droit international privé*, pag. 45 e seg.)

Non è necessario dimostrare quanto simili eccezioni siano contrarie ai precetti più elementari dellla giustizia internazionale, e nocive ai buoni rapporti ed agli interessi ben intesi delle nazioni.

In conseguenza dell' art. 6 i magistrati italiani hanno l'obligo assoluto di rispettare e di eseguire le leggi personali del paese a cui appartiene lo straniero giudicabile, salvo l'eccezione ammessa da tutte le legislazioni: ed è il caso in cui la legge regolatrice dello stato e della capacità dello straniero contenga qualche disposizione che sia un'aperta violazione dell' inviolabilità della persona, come sarebbe la schiavitù, o sancisca disposizioni contrarie ai buoni costumi ai principii generali del diritto presso le nazioni civili, come la poligamia.

Vediamo ora alcuni effetti degli statuti personali.

I diritti e i rapporti di famiglia degli stranieri in Italia sono regolati dalla legge del loro paese. È questa legge che bisogna consultare quando si tratti, per esempio, di giudicare sull'obbligazione degli alimenti: ed è in errore Demangeat (*Cond. des étrangers en France*, pag. 361) quando sostiene che trattandosi di una specie di obligazione imposta dal diritto naturale, occorre riportarsene ai precetti del diritto comune — La qualità di coniuge è immutabilmente fissata dalla legge sotto l'impero della quale il matrimonio venne contratto: la dignità del matrimonio, la stabilità delle relazioni di famiglia sono oggimai elementi costitutivi

della legislazione di tutti i popoli inciviliti. Sono parimente regolati dalla legge della nazione a cui si appartiene i diritti e i doveri degli sposi.

In codeste quistioni però si presentano alcune controversie di somma gravità. La prima è questa: — uno straniero a cui le leggi del suo paese proibiscono di contrarre matrimonio (per esempio, un prete spagnuolo), ma che possiede le condizioni richieste dalle leggi nostre, può egli contrarlo in Italia? Dalloz (*Lois*, 393) — Demolombe, (*Cours de D. C.* 99), Hutteau d' Origny (*de l'état civil* pag. 350) rispondono negativamente. La giurisprudenza francese e nostrale è, su questa controversia, contradditoria. Io credo che si debba dare una soluzione affermativa: è la ragione è evidente. Quando la legge ha imposto ai nostri tribunali di rispettare le leggi del paese dello straniero, ha inteso di provvedere al suo vantaggio: e questo è lo spirito generale delle nostre instituzioni: infatti l'articolo 3 del Codice ammette gli stranieri al godimento ed all'esercizio dei diritti civili come i cittadini. Dovendosi quindi interpretare una legge, e supplire al suo silenzio, è il caso di applicare il principio che *pro utilitate hominum introducta, contra ipsorum comodum produci nulla juris ratio patitur.* (*L.* 25. *ff. de leg.*) Ritorcere a danno dello straniero ciò che venne introdotto a suo beneficio è un violare una delle norme più elementari del diritto.

La seconda controversia che agita la dottrina e i tribunali è questa: — la donna straniera, la cui legge patria non esige l'autorizzazione maritale, può essa agire validamente nel Regno, obligarsi ed obligare? — Molti rispondono negativamente, considerando la potestà maritale come una disposizione d'ordine publico

Digitized by Google

che non può essere violata da alcuna legge personale degli stranieri. Ma tal ragione non ha valore di sorta: nè la morale, nè la società è offesa dal fatto che una donna straniera venuta in Italia vi conserva la pienezza dei diritti che la legge del suo paese le concede. E quando si pensi alla somma diversità delle legislazioni sull' autorizzazione maritale, alle dissenzioni che separano i giurisconsulti su tale argomento, si può ben conchiudere che non si deve considerare come una di quelle disposizioni essenziali al retto e progressivo ordinamento di una nazione civile. Tra gli autori che decisero nel senso sopra adattato giova notare Voet, Tit. *de Judiciis*, Froland, *Mém. sur les statuts*, Cap. 7 e Merlin, *Repert. V. autoris marit.* — È ben vero che quest' ultimo più tar di si ritrattò. Ma le ragioni della sua conversione sono molto inferiori a quelle della sua prima dottrina.

Più grave assai è la quistione se la qualità di conjuge divorziato conformemente alle leggi del suo paese segue lo straniero in Italia, di guisa che possa contrattare fra noi un nuovo matrimonio? Quasi tutti i giurisconsulti sono d'accordo nell'opinare che lo statuto personale straniero deve cedere innanzi alla legge nostra proibitiva; la Cassazione francese ha però respinta questa dottrina (28 febbraio 1860), e dichiarato con Demolombe (*Cours*, I, 101) che la qualità di sposo divorziato accompagna lo straniero in ogni paese. E con ragione. È impossibile sostenere il contrario, senza erigersi a giudice delle leggi straniere e senza violare il principio fondamentale dello statuto personale, in virtù del quale lo straniero porta seco le qualità di stato e di capacità che aveva nel suo paese. Venendo fra noi, egli presenta, col divorzio pronunciato,

Digitized by Google

un fatto compiuto e irrevocabile: e dichiarare che il divorzio è contrario alla pubblica morale è un oltraggiare ingiustamente le nazioni che lo hanno ammesso nelle loro leggi. E quando si pensi che fra queste nazioni vi sono l'Inghilterra, l'Olanda, alcuni degli Stati germanici, la Polonia, il Belgio, paesi la cui moralità pubblica e privata è per lo meno uguale a quella delle nazioni presso cui vige l'indissolubilità del matrimonio, si comprenderà maggiormente la violenza e l'ingiustizia di un simile oltraggio.

In virtù degli stessi principii, un italiano maritato che va a stabilirsi in un paese in cui il divorzio è ammesso e vi acquista lettere di cittadinanza, può farvi pronunciare la dissoluzione del suo matrimonio benchè la legge sotto la quale lo contrasse non ammetta il divorzio. E se più tardi riacquista la cittadinanza italiana, conserva la sua qualità di conjuge legalmente divorziato.

Gli statuti personali determinano le qualità di padre e figlio legittimo, naturale o adottivo. Ma se un tribunale straniero dichiarasse legittimo il figlio naturale di un cittadino, questa dichiarazione produrrebbe essa effetto nel nostro paese? A me pare di sì, purchè il giudizio sia pronunciato con tutte le guarentigie che ne costituiscono la validità. Dalloz pensa invece il contrario (*Lois*, 398).

È parimente lo statuto personale che regola la qualità di minorenne e di maggiorenne. È ben vero che i giurisconsulti e i tribunali mettono generalmente a questo principio una restrizione. Basandosi sul fatto che non si potrebbe esigere dai cittadini di conoscere le leggi di tutti i paesi sull'età maggiore e minore, leggi così diverse e contrarie, se ne conchiude do-

Digitized by Google

versi fare eccezione ogni qualvolta il cittadino che ha relazioni d'affari con lo straniero possa aver pregiudizio dalla propria ignoranza. Così se io ho contrattato con un austriaco, credendolo maggiorenne, mentre secondo le sue leggi, non lo è, ove egli chieda l'annullamento del contratto, fondandosi sulla sua incapacità, la sua domanda dev'essere respinta. E se è il cittadino che domanda l'annullamento? Se lo domanda per un pregiudizio avuto, ha diritto di ottenerlo.

Non è necessario dimostrare l'immoralità e l'ingiustizia di una simile dottrina, la quale, del resto, non è più ammissibile dinanzi alle disposizioni chiare e precise delle nostre leggi.

La qualità d'interdetto e d'inabilitato è retta dallo statuto personale. Nè ha valore l'argomento che tal qualità risultando da una sentenza di tribunale straniero, non può aver forza fuori del territorio dello Stato in cui venne pronunciata. È una quistione di stato, che dev'essere accettata com'è.

Più grave è la quistione che concerne l'effetto delle leggi penali. Così lo stato di un forestiero, condannato a morte nel suo paese e privo di tutti i diritti civili, venendo in Italia è esso retto dalle leggi del suo paese? Quanto alla morte civile, è evidente che, essendo stata abolita dalle nostre leggi, non è il caso di applicarla ai forestieri. Ma che si deve decidere quanto ai diritti di cui le nostre leggi applicano la privazione a certi condannati e che sono particolarmente indicati dall'art. 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile?

Su questa quistione regnano i più grandi dissensi e, quel ch'è peggio, una grande oscurità. E la ragione è che coloro che si rifugiano all'estero per sottrarsi

Digitized by Google

agli effetti di una condanna sono vittime troppo spesso di condanne politiche. Ondechè, sebbene il principio evidente da applicarsi sia quello dell'art. 6, pure si esita a considerare come privo d'ogni diritto civile uno straniero che forse è un uomo intemerato. Qual'è la soluzione del problema che possa evitare le difficoltà a cui dà esso luogo?

A mio avviso, il principio generale da applicarsi è che ogni straniero dev'essere ammesso al godimento e all'esercizio dei diritti conferitigli dall'art. 3 del codice civile. L'applicazione e gli effetti delle condanne penali si circoscrivono entro i limiti della sovranità territoriale: e dar corso a una sentenza pronunciata da tribunali esteri è lo stesso che riconoscere loro un'autorità nel nostro paese.

Ma deve permettersi l'impunità agli stranieri che, commesso un delitto nel loro paese, e condannati da legittimi magistrati, si rifugiano presso di noi? A questo inconveniente pongono rimedio i trattati di estradizione. Naturalmente, le basi sulle quali sono generalmente conchiusi, danno pochissime guarentigie agli accusati, poichè sono sottratti all'autorità giudiziaria e consegnati per via amministrativa. Ma ove siano modificate le forme della procedura d'estradizione, si può conciliare l'interesse dei condannati con quello della giustizia. Resta però inteso 1.° che lo straniero, fino a che non sia stato giudiziariamente consegnato, ha avuto il pieno esercizio de'suoi diritti, e che, quindi, sono validi gli atti da lui compiuti: 2.° che quando non vi fossero trattati di estradizione lo straniero dovrebbe, per regola generale, essere considerato come se nessuna pena fosse mai stata pronunciato contro di lui. Ma per impedire gli inconvenienti che ne po-

Digitized by Google

trebbero derivare, si potrebbe ammettere i privati, che ci avessero interesse, a provare coi modi stabiliti dalle leggi o da trattati che una sentenza penale ed esecutiva pronunciata per uno dei reati comuni generalmente contemplati nei trattati di estradizione ha tolto ad uno straniero l'esercizio di quei diritti civili di cui il nostro Codice consente la privazione.

Senza dubbio, con ciò non si risolvono tutte le difficoltà che si possono presentare: ma mi pare il solo mezzo di conciliare le esigenze dell'umanità con quelle della giustizia, salvando nel tempo stesso i diritti della sovranità territoriale.

Digitized by Google

LEZIONE VII.

DELL'IMPERO DELLA LEGGE SUI BENI

52. I beni immobili.

L'effetto immediato e diretto dell'autonomia dello Stato è che la sua legge regna in modo generale ed assoluto entro i confini del suo territorio, e che uomini e cose vi sono assoggettati senza restrizione al suo impero. Questa, come si è veduto, è la regola; e si è parimente veduto quali sono le eccezioni che si fanno relativamente alle leggi personali. Resta ora a ricercare fin dove si estende l'impero della legge sui beni.

Demangeat, nella sua nota al paragrafo 66 del trattato di Foelix, riassume nel modo seguente gli effetti generali dello statuto reale: — bisogna applicarlo: 1. in quanto classifica i beni: 2. in quanto determina i diritti di cui le differenti specie di beni possono essere l'oggetto, e in quanto determina le persone ammesse al godimento di questi diritti: 3. in quanto stabilisce, per ragioni di pubblico interesse, le regole colle quali

Digitized by Google

questi diritti si acquistano, si conservano e si trasmettono.

Questi sono i principii generali: ma nell'applicazione sono soggetti a non poche modificazioni, sia per l'indole stessa dei beni, sia per la loro destinazione.

È però da osservare anzitutto che il principio della territorialità della legge ha una forza assai maggiore per le cose che per le persone. Così, mentre la regola assoluta di diritto è che ogni persona è soggetta, quanto allo stato e alla capacità, alle leggi della sua nazione, invece i beni immobili a chiunque appartengono, sono regolati dalla legge del luogo nel quale si trovano. *Bona immobilia reguntur legibus loci ubi sita sunt.*

Se dobbiamo giudicarne dai processi verbali delle deliberazioni che hanno preceduto la riforma del Codice Civile, pare che nell'accogliervi questo principio, il legislatore vi sia stato determinato dai motivi per cui l'aveva gia sancito il Codice Napoleone; motivi che vennero formolati da Portalis, secondo il quale la regola per cui i beni immobili, anche posseduti da stranieri, sono soggetti alla legge del paese su cui sono situati, ha la sua ragione d'essere nel *dominio eminente del sovrano* su tutto il territorio dello Stato e sui singoli beni che lo compongono. « Les mots *domaine éminent*, (così il Portalis, nelle sue osservazioni sull'art. 3 del C. N.) n'expriment que le droit qu'a la puissance publique de régler la disposition des biens par des lois civiles, de lever sur ces biens des impóts proportionnés aux bésoins publics et de disposer de ces mèmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent. Aux citoyens appartient la propriété, et au souverain l'em-

Digitized by Google

pire: telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps... »

Sarebbe opera lunga e per ora inutile confutare gli errori contenuti nell'argomentazione del Portalis: e non è senza sorpresa che la vedo accettata dal commento del Codice dovuto ai membri della commissione di coordinazione (vol. I, 118). Mi limito dunque a poche osservazioni: la prima che la teoria del dominio eminente dello Stato sui beni, oggimai respinta da tutti i giuristi meglio inspirati dalle moderne dottrine, ha potuto essere valida e lo è tuttora nei paesi le cui instituzioni fanno del governo, non l'amministratore della cosa pubblica, ma il padrone delle persone e delle cose: in un paese libero ciò non è, poichè il governo non vi è altro che il mandatario dei cittadini, il custode dei loro diritti. La seconda osservazione me la suggerisce il testo medesimo dell'articolo, il quale ammette senza restrizione a possedere immobili anche gli stranieri: per cui le parole del Portalis — *au citoyen la propriété, et au souverain l'empire* — non sono che una frase vuota di senso. Giova finalmente osservare che il nostro legislatore medesimo fa una formale eccezione al principio da lui sancito nell'art. 7, quando dispone (art. 8) che le successioni sono regolate dalla legge della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni, ed in qualunque paese si trovino. Dunque, anche i beni immobili posseduti in Italia dallo straniero sono sottratti, in materia di successione, alla signoria della legge nazionale.

Si può dunque affermare che la ragione per cui i beni immobili furono sottomessi, come regola generale, alla *lex rei sitae*, si fu, non in omaggio ad un fantastico dominio eminente, ma perchè la natura me-

Digitized by Google

desima delle cose lo esigeva: ma il legislatore, accogliendo i più savi principii del diritto internazionale, ha mostrato col fatto che il possesso di simili beni nello Stato non avea altri limiti o restrizioni che quelle imposte dal diritto comune, sia che appartengano a cittadini, od a stranieri.

55. Distinzione fra beni mobili ed immobili.

È sorta nella scienza una vivissima discussione sulla distinzione che si fa tra beni mobili ed immobili e sulla diversità della legislazione che li riguarda.

Savigny (*Trattato di diritto romano*, vol. VIII, 366) è avverso ad ogni distinzione, e respinge le conseguenze che se ne fanno derivare. La ragione principale su cui si appoggia è che le leggi reali, o quelle che hanno per oggetto immediato il diritto sulle cose, regolano tutte quelle che sono situate nel dominio del legislatore, senza distinguere se il titolare del diritto sia cittadino e straniero. Il Marcadé (*Explication du Code Napoléon*, v. I) accetta questa medesima dottrina e stabilisce doversi di regola applicare la *lex rei sitae*, salve poche eccezioni precisamente determinate.

Ma questa dottrina non venne accolta dal legislatore patrio, il quale sancì invece quella del Foelix, che ha per sè il consenso quasi unanime degli autori. « La regola secondo la quale la legge del territorio regge tutti i beni che vi sono, così il Foelix, si applica solamente agli immobili e non si estende ai mobili..... Ci pare invece fuori di dubbio che, quanto ai mobili, lo statuto personale deve vincerla sullo statuto reale..... Per la natura delle cose, i mobili, sia corporali, sia incorporali non hanno, rispetto agli immo-

Digitized by Google

bili, una sede fissa nel luogo in cui essi si trovano: essi dipendono necessariamente dalla persona dell' individuo cui spettano, e subiscono la destinazione che egli dà loro. Presumendosi che ogni individuo riunisca il suo patrimonio nel luogo del suo domicilio, cioè, nella sede principale de' suoi affari, venne sempre considerato che, in diritto, i mobili si trovano nel luogo del domicilio di colui al quale appartengono: poco importa se, in fatto, vi si trovano o no. In forza d'una finzione legale sono considerati come seguenti la persona, e come soggetti alla legge stessa che regola lo stato e la capacità della persona: e questa legge è quella del domicilio (*o, più esattamente, secondo l'art. 6 del titolo preliminare del nostro Codice, è quella della nazione a cui la persona appartiene*): di qui la regola; *mobilia sequuntur personam: mobilia ossibus inhaerent.* In altri termini, lo statuto personale governa i mobili corporali e incorporali: questo statuto è, rimpetto ad essi, reale, in conseguenza della finzione che li reputa trovarsi nel luogo da esso retto (Foelix, *Traité de droit international privé*, T. I, 61)». Qui il Foelix cita un gran numero di autori, i quali tutti hanno professata la medesima dottrina, che ebbe la sanzione del nostro Codice.

54. Delle eccezioni fatte alla regola che i mobili seguono la persona.

L'art. 7, dopo aver proclamata la diversa legislazione che regge i beni mobili ed immobili, stabilisce riguardo a questi ultimi un'eccezione, nei termini seguenti: « salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano ». Nei processi verbali

Digitized by Google

della commissione coordinatrice del Codice civile troviamo spiegato il motivo di questa eccezione. Possono presentarsi dei casi in cui le leggi del paese ove si trovano i mobili contengano disposizioni contrarie al principio accolto in questo árticolo. Ciò avverrebbe presso di noi per la legge sulla ricchezza mobile, per quelle sugli stipendi e sulle pensioni pagate dallo Stato: ciò potrebbe parimente succedere per la disposizione di leggi straniere. Urgeva dunque provvedere a che si evitassero i conflitti a cui il silenzio della legge avrebbe potuto sicuramente dar luogo: e vi si è provveduto col generalizzare il principio, in virtù del quale, qualunque sia il paese la cui legge porta un'eccezione al principio che i mobili seguono la persona, questa eccezione dev'essere mantenuta.

Altre eccezioni sono fatte a cotesto principio: e sono determinate dalla diversità dell'indole dei beni mobili stessi: così esso non riceve applicazione nelle circostanze o negli atti in cui i mobili non hanno relazione intima colla persona del proprietario, come avverrebbe in caso di contestazione o di reclami sulla proprietà dei medesimi, quando s'invoca la massima — che il possesso val titolo — quando si vuole figurare beni mobili o esercitare un diritto di pegno sui medesimi e simili. È evidente che in tutti questi casi venendo a cessare la finzione che fa aderire alla persona i mobili, questi devono esser retti dalla *lex rei sitae* (V. l'ottimo commento dei signori Astengo ed altri, vol. I, 125).

55. Dei beni considerati come patrimonio.

S'è già accennato più innanzi alla eccezione fatta dall'art. 8 del titolo preliminare al disposto dell'art. 7

Digitized by Google

sui beni mobili ed immobili. La lettura del testo medesimo ne dimostra l'importanza: « le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovano ».

Un giurisconsulto francese (Huc, *le Code civil italien et le Code Napoléon, pag.* 23) ha creduto di vedere una contraddizione assai grave fra il disposto dell'art. 7 e quello dell'art. 8. Secondo lui, è difficile comprendere la vera economia dell'art. 8 combinato col precedente.

Ma da un analisi della lettera e dello spirito di queste due disposizioni egli è condotto a riconoscere che si conciliano perfettamente, perchè la loro dottrina si può formolare in modo esplicito e chiaro, dicendo:

I mobili, individualmente considerati, saranno regolati dalla legge del paese in cui si trovino, per tutto ciò che riguarda la procedura di esecuzione, i privilegi a cui possono essere soggetti, per le condizioni di possesso necessarie ad acquistarne il dominio mediante la prescrizione, pel diritto dello Stato di far suoi i beni vacanti, e quelli delle persone che muoiono senza eredi o le cui eredità sono abbandonate, e simili: — ma la trasmissione dei beni mobili per successione o per testamento sarà regolata dalla legge del proprietario. —

Si tratta in sostanza di applicare la distinzione che si fa tra i beni considerati individualmente e i beni considerati come formanti un patrimonio, *universitas iuris*: e il legislatore patrio ha troncato le discussioni a cui dava luogo l'incertezza delle disposi-

Digitized by Google

zioni dei Codici, accettando risolutamente le dottrine più liberali del diritto internazionale.

Tre erano i sistemi principali che si discutevano sulla estensione del diritto successorio circa l' universalità dei beni lasciati da un defunto.

Secondo gli uni, l'applicazione dello statuto personale del defunto in materia di successione non può ammettersi che pei mobili, ma deve essere rispinta quanto agli immobili: questi sono esclusivamente e sempre regolati dalla *lex rei sitae*, senza che occorra fare distinzione alcuna fra il caso in cui si tratti di succedere a un immobile particolare o all'universalità della successione di un individuo.

La maggior parte dei giurisconsulti francesi propendono verso questo sistema: essi ammettono tante successioni particolari quanti sono i territori in cui sono situati gli immobili provenienti dal defunto: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. Foelix (vol. I, 60) è egli pure di questo avviso. Il primo principio, dice egli, in materia di conflitti di leggi, è che quelle di ciascuno Stato reggono i beni situati nel suo territorio. Egli ammette però la forza degli argomenti recati contro questo sistema, attinti in parte nel diritto civile, e in parte nel vantaggio comune delle nazioni: ma nessun Codice avendo ancora disposto in tal senso, bisogna riferirsi ai principii vigenti.

È singolare che il Demangeat il quale, nelle note al Foelix, ha citato a più riprese il nostro Codice, non abbia rettificato questa ultima asserzione dell'autore, ricordando il disposto dell'art. 8.

Un secondo sistema vuole invece che si segua la legge della situazione per ciascuno dei beni ereditari, tanto mobili come immobili.

Digitized by Google

Il terzo finalmente è quello che venne adottato dal nostro legislatore, e che si fonda sulle considerazioni più elevate e più razionali di giustizia e di utilità pubblica e privata; e il Foelix, sebbene ne dissenta, esponendolo imparzialmente, ne riconosce la forza morale.

Quando, colla morte di un individuo, si tratta di succedere a tutti i suoi diritti, a tutto il suo patrimonio (*universum patrimonium*) questo è considerato come un insieme, (*universitas juris*), senza riguardo o distinzione per gli oggetti particolari che lo compongono: e questa universalità rappresenta il diritto del defunto, anche prima dell'apprensione fatta dall'erede: *nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti* (L. 31, 1, ff. *De Her. inst.*). L'erede succede in seguito in questa universalità: ed è allora soltanto che rappresenta la persona del defunto. L'universalità dei beni del defunto formando così la continuazione della persona di quest'ultimo, si deve seguire per regola il di lui statuto personale, a cui sono soggetti tutti i beni compresi nella successione.

Questa dottrina riposa inoltre su non poche altre ragioni. — La successione intestata ha per base la volontà presunta del defunto: ora non avendo egli conosciuto, per regola generale, altre leggi che quelle del suo paese, si deve ammettere che ha inteso far passare i suoi immobili ai parenti che esse hanno chiamato. — È da ricordarsi in secondo luogo che tutte le nazioni ammettono nel loro territorio l'esecuzione dei testamenti consentiti dallo straniero nel suo paese, secondo le forme che vi sono prescritte: questi testamenti non sono altro che l'espressione formale della volontà del defunto, sancita dalla legge civile del suo paese:

per cui è naturale che si dia a questa legge un effetto identico, quando è essa sola che pronuncia e decide.

Che dire poi degli inconvenienti che risultano dalla divisione dei patrimoni in differenti successioni particolari, dal caos inevitabile che ne deriva, dai conflitti di diritti e d'interessi tra eredi e creditori, e dei processi a cui si apre l'adito? Non è questa una considerazione di suprema importanza?

È inoltre evidente, come osserva il Zachariae (31), che il patrimonio non può essere retto altrimenti che dalle leggi che regolano lo stato e le capacità della persona, perchè è impossibile concepire un patrimonio senza l'idea della persona che lo possegga, e con la quale in qualche modo si confonde. Per cui, riconoscendo l'unità giuridica del patrimonio, il legislatore non fa altro che sancire un principio del diritto universale proclamato dalla scienza e accettato come regola essenziale delle leggi interne di ogni paese civile.

Giova finalmente osservare che la cosa pubblica è perfettamente disinteressata nella quistione, perchè le proibizioni, i carichi e le imposte che pesano sull'immobile possono tuttavia produrre il loro effetto, e che, del resto, poco importa allo Stato chi erediti questo o quell'immobile.

Questi principii, prima esposti da Cujaccio (27.° consulto), vennero luminosamente sviluppati dai più autorevoli giurisconsulti fra i quali giova citare Mittermajer e Hamm; e più recentemente un dotto magistrato napoletano, Viscardi, riassumeva con vigorosa concisione i principali argomenti in favore della dottrina sancita dal Codice: « *l'universum ius*, diceva egli, è un obbietto affatto ideale: desso si compone di un tutto di diritti e obbligazioni, che si sottrae allo sguardo dell'uomo e non

Digitized by Google

ha sede unica e fissa. Se il diritto ereditario seguir dovesse i diversi statuti dei diversi luoghi ove sono siti gli oggetti ereditari, *l'universum ius* dovrebbe concepirsi in uno stato errante in tutti i luoghi; anzi, la parte incorporale rimarrebbe fuori statuto, perchè senza sede. Ogni rapporto di diritto va governato dalla legge del luogo dove ha la sua sede. La sede della successione è quella dell'ultimo domicilio del defunto: i beni ivi entrano in considerazione e per riguardo della persona cui si riportano: quindi lo stato successorio è di sua natura personale, dovunque sieno site le cose ereditarie e di qualunque natura esse siano.

» Il supporre che tanti statuti debbano regolare quanti sono i luoghi dove trovansi i diversi oggetti ereditarii sarebbe un fare in brani, come le membra d'Asserto, la persona giuridica, togliendole il carattere distintivo, l'individualità: è questa una falsa idea di territorialismo ed un avanzo del duro albinaggio. Che se l'indipendenza degli Stati ed il diritto di formalità meritano rispetto, il buon accordo delle nazioni e la comune utilità consigliano un lieve sacrificio del potere territoriale, pur compensato dal diritto di reciprocità, stabilito, se non dai trattati, dalla scienza....

» Queste riflessioni hanno omai fruttato nella scuola l'abbandono completo del principio di territorialismo, meno nei casi di una divergenza assoluta delle idee governative che tengono al benessere di ciascun paese, come in fatto di feudi, di fedecommissi, di maggioraschi, di dazi, ec. In questi casi le leggi riguardano più le cose che le persone. (*Osservazioni sul progetto Miglietti*) ».

Nella relazione al Re che precede il Codice sono esposte le ragioni che determinarono la sanzione di

Digitized by Google

questo importante principio. « Egli era codesto un tema di dottrina vivamente disputato fra gli scrittori del giure internazionale, e la giurisprudenza vi si travagliava intorno con varietà di opinioni e di massime. Prevalea però il concetto certamente razionale, essere il diritto successorio essenzialmente di famiglia, e quindi seguace della persona; nè, d'altro canto, potersi con buon fondamento invocare il principio della sovranità territoriale, avvegnachè cotal principio non avrebbe azione e competenza legittima a governare quella parte intima e inalienabile d'ogni Stato che tiene all'ordinamento del diritto successorio, il che vuol dire, al diritto publico interno. Aggiungasi che l'applicabilità di codesto principio nuovo va contenuta dai giusti e insorpassabili confini segnati dal finale art. 12, il quale nettamente sancisce che in niun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del Regno, concernenti le persone, i beni e gli atti, nè alle leggi riguardanti l'ordine pubblico e il buon costume. Di che la irrepugnabile conseguenza che, non mai e in niun caso le leggi straniere concernenti il diritto successorio avrebbero potestà di turbare ed incagliare quelle provvisioni legislative che intendessero a regolare i beni e la proprietà territoriale, siccome meglio richiedano le alte ragioni del pubblico interesse....

« Così adoperando ci avvisiamo di avere meritato bene della civiltà odierna, inscrivendo arditamente nel novello Codice italiano un principio altamente progressivo e liberale che porgerà pure, osiamo sperarlo, un imitabile esempio alle altre nazioni che vanno sì innanzi nel civile progresso ».

È stato espresso però il timore che questa bella

Digitized by Google

ed ardita innovazione del nostro Codice possa dar luogo a qualche inconveniente a danno degli italiani che possiedano all'estero. Poniamo, si disse, che un nostro concittadino muoia intestato lasciando beni immobili in un paese straniero, le cui leggi stabiliscano un ordine di succedere diverso dal nostro: potranno i suoi successori ottenere che la divisione di questi beni sia fatta secondo la legge nazionale della persona della cui eredità si tratta? Se non vi sono trattati di reciprocità, noi avremo reso bensì servigio agli stranieri, ma essi non avranno fatto altrettanto per noi.

Questo stato di cose senza dubbio è deplorabile. Ma giova osservare che se la disposizione del nostro Codice è giusta ed equa, doveva essere sancita, indipendentemente da ogni altra considerazione: che la giustizia qui si accorda con l'utilità, perchè i vantaggi da quella recati sono evidenti e numerosi: che i nostri concittadini all'estero saranno avvantaggiati da questa disposizione, in quanto che essi troveranno migliori condizioni e patti nei loro affari con gli stranieri, i quali, assicurati di trovare nelle leggi italiane una protezione efficace dei loro diritti, saranno tanto più facilmente disposti a contrattare e ad allargare in Italia il cerchio delle loro operazioni: finalmente che non è piccol titolo d'onore per la nazione italiana di aver prima promulgato un principio così generoso e così progressivo. E siccome le idee giuste finiscono sempre con trionfare: così possiamo essere certi di vedere il principio dell'unità giuridica del patrimonio in materia di successione accolto dalla legislazione di tutti i popoli inciviliti.

Digitized by Google

LEZIONE VIII.

DELL' IMPERO DELLA LEGGE SUGLI ATTI

56. Degli atti in generale.

Quello stesso spirito di giustizia che ha inspirato il patrio legislatore nel regolare la condizione delle persone e dei beni domina in tutta la sua pienezza anche nelle norme che ha tracciate per gli atti. E prendo la parola *atto* nel suo duplice e completo significato, facendole comprendere nel tempo stesso gli atti per iscritto e i fatti dell' uomo (1). E trovo che il testo della legge dà a cotesta parola i due diversi significati (art. 934).

Gli atti regolati dagli articoli 9 e 10 del titolo preliminare si possono dividere in due grandi categorie: atti giudiziali ed atti estragiudiziali: i primi concernono le solennità o formalità richieste per la competenza, le forme dei procedimenti, i mezzi di prova, l'esecuzione delle sentenze e degli atti, e simili: gli atti estragiudiziali comprendono le convenzioni espresse, unilate-

(1) *Vox* ACTUS, dice la *L.* 19 *ff. de verb. sig.*, *est generale verbum, sive verbis, sive re quid agatur.*

Digitized by Google

rali o bilaterali, a titolo gratuito o a titolo oneroso, come pure le altre disposizioni dell'uomo, quali sarebbero gli atti di ultima volontà, e finalmente i fatti che costituiscono i quasi-contratti.

Gli atti estragiudiziali essendo in qualche modo la causa, la ragion d'essere degli atti giudiziali, e questi ultimi non essendo che la guarentigia e la sanzione dei primi, importa cominciare con l'esame di quelli che dipendono direttamente dalla libera volontà dell'uomo.

L'art. 9 contiene le norme relative agli atti estragiudiziali, a cui provvede con le disposizioni seguenti: anzitutto esso dichiara che le forme estrinseche degli atti tra vivi e d'ultima volontà debbano essere determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. Lascia nondimeno in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti. Dispone inoltre che la sostanza e gli effetti delle donazioni e disposizioni d'ultima volontà si reputino regolate dalla legge nazionale dei disponenti: e termina collo stabilire che la sostanza e gli effetti delle obbligazioni debbano riputarsi regolati dalla legge del luogo in cui furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. —

Tracciando queste norme generali, il legislatore non ha però voluto vincolare la libertà dei disponenti o dei contraenti: e, mentre s'incarica di supplire al loro silenzio, cerca però di salvare i loro diritti, riconoscendo loro la facoltà di dimostrare, ove occorra, quali fossero le loro intenzioni circa la legge che dovea regolare gli atti loro.

Determinate le condizioni relative agli atti estra-

Digitized by Google

giudiziali, si passa a quelle che concernono gli atti di procedura giudiziaria, sia in giurisdizione contenziosa, sia in giurisdizione volontaria. Ed ecco in qual modo si provvede alla soluzione delle quistioni che sono insorte su questa intricata materia. — Anzitutto è stabilito il principio generale che la competenza e le forme del procedimento sono regolate dalla legge del luogo in cui segue il giudizio: quanto ai mezzi di prova delle obbligazioni, essi sono determinati dalle leggi del luogo in cui l'atto fu fatto. Affinchè le sentenze pronunciate da autorità straniere in materie civili possano avere esecuzione nel Regno, è disposto che debbano essere dichiarate esecutive nelle forme stabilite dal codice di Procedura civile: salvo però che con convenzioni internazionali si apporti qualche modificazione a questo principio, che però è generalmente accettato dalle legislazioni europee. I modi finalmente di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati dalla legge del luogo in cui si procede alla esecuzione.

Tali sono i principii generali sanciti dal Codice, in ciò che concerne tanto gli atti giudiziali come gli estragiudiziali: il legislatore ebbe cura di guarentire due interessi che, lungi dal contraddirsi, armonizzano fra di loro: il primo, quello della persona, la cui autonomia rimane inviolata, in qualunque paese si trovi: e il secondo, quello della sovranità dello Stato, che è conservata intera in tutto ciò che è essenziale. Non esiste altro codice in Europa in cui siano così felicemente risolte tutte le gravi quistioni che affaticano e dividono gli scrittori di diritto internazionale privato, e che forniscono tanti dissensi alla giurisprudenza straniera.

Digitized by Google

57. Delle forme estrinseche degli atti fra vivi e d'ultima volontà.

Il principio essenziale e direttivo della nostra legge civile circa la forma estrinseca tanto degli atti fra vivi quanto di quelli d'ultima volontà può dirsi che sia la proclamazione dell'autonomia individuale. Ciò che si è proposto il legislatore si è di sancire il diritto che ha ogni persona di scegliere tutti quei modi legittimi di azione che crede preferibili, perchè sia raggiunto lo scopo a cui mira.

La massima che *locus regit actum* significa in sostanza che la persona non è legata alla gleba del suo paese, e che, qualunque sia la regione in cui si trova, le si riconosce la facoltà di emanciparsi dalle leggi patrie, di contrattare e disporre secondo le leggi del luogo. Col fatto solo che lo straniero è venuto liberamente in Italia o che l'italiano è andato all'estero, l'uno e l'altro hanno implicitamente dichiarato di conformarsi alle leggi del paese in cui si trovano in tutto ciò che non contraddice alla loro capacità personale: quindi, nel silenzio da loro serbato sulla forma del contratto o del testamento, dovendosi supporre che desiderino anzitutto la validità dell'atto loro, la legge accorda loro questa protezione efficace, e dichiara che gli effetti dell'atto saranno gli stessi, come se avesse avuto luogo nel loro paese.

Questa presunzione della legge è essa arbitriaria? Evidentemente, no: chè anzi è fondata sulla natura medesima delle cose.

Poniamo il caso di una convenzione bilaterale: – o si tratta di uno straniero e di un cittadino; e in que-

sto caso, nulla di più logico che obbligare lo straniero a conformarsi alle leggi del paese a cui appartiene il cittadino col quale contratta, e che è venuto a cercare: — o si tratta di due individui che appartengono ad una patria comune, ma che si trovano all'estero, e allora la legge, dopo aver stabilito che, nel loro silenzio, l'atto è regolato dalla legge del paese in cui sono spontaneamente venuti, non pretende però vincolare la loro libertà d'azione; e riconosce loro il diritto di seguire le forme della legge nazionale.

In questa guisa si è provveduto alla guarentigia di tutti gli interessi e di tutti i diritti. Qualunque sia la legge di cui si sono osservate le disposizioni nell'atto, nei limiti indicati dall'art. 9, esso produce i suoi effetti sui beni mobili ed immobili situati sopra un altro territorio, quando anche le leggi di questo territorio esigessero formalità diverse e più complicate. Il *vinculum juris* mantiene intera la sua forza per tutti.

Appena occorre aggiungere che l'atto passato all'estero non perde nulla della sua forza pel ritorno della persona o delle persone contraenti al loro paese: e il testamento medesimo, fatto secondo le leggi del luogo in cui si trovava il disponente, è sempre valido, sia che il disponente ritorni al paese del proprio domicilio, sia che si trasporti in altro paese.

L'utilità, anzi la necessità dell'applicazione dei principii sanciti dall'art. 9 è stata chiaramente dimostrata dal Voet (*Ad ff. tit. De Statutis*, 12, 13), il quale lo fonda sulle seguenti ragioni, adottate pure dal Foelix (74): 1.° necessità di evitare alle persone che possiedono beni in diversi paesi l'impiccio e la difficoltà di redigere tanti testamenti o tanti contratti quanti sono gli immobili situati sotto l'impero di leggi differenti,

Digitized by Google

o di adempire in un medesimo testamento o contratto tutte le solennità prescritte nei diversi luoghi della situazione dei beni: 2.° impossibilità nella quale un individuo, sorpreso all'estero da una malattia mortale, può trovarsi di adempire le formalità prescritte nel paese del suo domicilio o nel paese della situazione dei suoi beni: 3.° necessità d'impedire che gli atti fatti di buona fede siano annullati troppo facilmente senza colpa della parte: 4.° impossibilità per la gran maggioranza degli uomini di conoscere le forme prescritte in ogni località.

L'evidenza di queste ragioni è tale che la massima *locus regit actum* può dirsi oggimai generalmente accettata come un principio di diritto internazionale privato. E la giurisprudenza francese non esita ad applicarla nelle sue ultime conseguenze: basterà citare una sentenza della Corte di Cassazione (13 gennaio 1857), nella quale venne deciso che l'esistenza legale del matrimonio legittimo può essere costatata, conformemente allo Statuto di un paese estero (Pensilvania) anche nel caso in cui non vi sia nè atto civile, nè atto religioso, nè atto autentico, e neppure atto privato, ma semplicemente la notorietà risultante dalla *coabitazione* e dalla *riputazione* in qualità di marito e moglie legittimi.

Ma che regola è da seguirsi relativamente a certi atti che, come la lettera di cambio, si possono comporre di molti contratti, in luoghi diversi? Secondo alcuni, il luogo in cui è accettata è quello che determina la forma dell'atto, e quindi la sua validità e gli effetti che ne derivano, anche pei giratarii. Ma questa dottrina è erronea: e deve invece adottarsi il principio che la forma di ciascuno dei contratti successivi a cui può

Digitized by Google

dar luogo una cambiale è regolato dal luogo in cui è compiuto.

58. Sostanza ed effetti degli atti tra vivi e d'ultima volontà.

Se dalla forma degli atti passiamo agli effetti ed alla sostanza, abbiamo tre quistioni fondamentali da esaminare:

Qual'è la legge che regola la sostanza e gli effetti delle donazioni e dei testamenti?

Qual'è la legge che regola la sostanza e gli effetti delle obbligazioni, quando i contratti appartengono a diversi paesi?

E quando appartengono allo stesso paese?

Quando si parla della sostanza di un atto, il primo concetto che si presenta è quello della capacità dell'agente: ora, come risulsta dall'art. 6, chi regola la capacità della persona è la legge della nazione a cui essa appartiene. Quindi, per giudicare se le condizioni necessarie alla validità intrinseca di un atto sono adempite o no, bisogna consultare la legge nazionale dei contraenti o dei disponenti.

Si tratta di contrarre matrimonio? Per la formalità estrinseca dell'atto, si segue la legge del paese in cui ha luogo: ma per la sostanza e gli effetti è necessario seguire lo statuto personale degli sposi. Un Italiano, poniamo, sposa a Parigi una donna spagnuola: quali leggi dovranno essere osservate? La legge italiana, per lo sposo, la legge spagnuola, per la sposa, in tutto ciò che concerne le condizioni d'età, di parentela, le condizioni pecuniarie ec. Si osserva invece

Digitized by Google

la legge francese in quanto riguarda le forme per la celebrazione del matrimonio.

Così pure per testare: un francese può testare in Italia secondo le forme stabilite dal nostro Codice: ma per gli effetti e la sostanza del suo testamento, per la sua capacità, la disponibilità dei beni, e via discorrendo, non dovrà essere consultata c' e la legge francese.

La quistione però che ha dato e dà luogo a maggiori dissensi è quella che concerne la validità degli atti dei minori. Si ammette, in tesi generale, che la capacità è regolata dalla legge nazionale del contraente; per cui il minore in Ispagna o in Austria, che ha ventiquattro anni, è tale anche in Italia, la cui legge mette termine alla minorità a vent'un anno: ne viene quindi che se egli contraesse obbligazioni proibite a un minore, con un italiano, sarebbero nulle. Il principio da applicarsi è che *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* (*L.* 19 *pr. ff. de reg. jur*).

Ma, ammesso il principio, si scende a molte eccezioni, dedotte dall'interesse dei cittadini, i quali, si dice, potrebbero essere lesi dalla malizia degli stranieri. La maggior parte dei giurisconsulti francesi sostengono in conseguenza che quando uno straniero minore ha stretto in Francia dei contratti con un francese, ogni qual volta ne possa derivar pregiudizio per quest'ultimo, si debba applicare allo straniero la legge francese sulla capacità. Tale dottrina ha trovato qualche adesione anche in Italia.

Ma è evidente che nessuna ragione giuridica l'appoggia. Il cittadino che tratta con lo straniero non vi è obbligato da nessuno. Prima di decidersi a trattare

Digitized by Google

dovea prendere tutte le informazioni necessarie. Non l'ha fatto? peggio per lui: *imputet sibi*: la sua negligenza, dice ottimamente Foelix, non può creare un titolo in suo favore, ma deve piuttosto recargli pregiudizio.

Non si può negare per altro che la gran varietà delle legislazioni sulla maggiore età può essere causa di gravi dissidi e inconvenienti. E merita somma lode una savia disposizione del Codice di procedura civile di Prussia, il quale, a metter fine ai dubbi che possono sorgere per questa ragione, porta che ogni individuo, qualunque sia la nazione a cui appartiene, è presunto maggiore all'età di 25 anni (P. I, T. I, art. 6). Nessuna legge, come è noto, mette la maggiore età al di sopra dei 25 anni: la disposizione della legge prussiana è dunque perfettamente ragionevole e fondata.

Che la sostanza e gli effetti delle disposizioni di ultima volontà debbano essere regolati dalla legge nazionale del disponente è un principio già sancito dall'art. 8, il quale sottometteva a questa legge tanto le successioni legittime quanto le testamentarie, sia quanto l'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successori, e la intrinseca validità delle disposizioni. Si estese lo stesso principio alle donazioni, per la grande attinenza che vi è fra esse e le disposizioni di ultima volontà.

Le ragioni su cui si fondano gli articoli 8 e 9 sono chiaramente indicate dal Foelix: « una regola, attinta nella natura dello spirito umano, fa supporre che la volontà di ciascun individuo che proceda ad un atto della vita civile si sia riportata piuttosto ai fatti che conosce che a quelli che gli sono ignoti. Quindi, ogni volta che si tratta del valore intrinseco di un testa-

Digitized by Google

in cui la prima lettera o il primo telegramma è ricevuto, e da cui parte la risposta scritta o telegrafica portante accettazione della proposta: e ciò perchè è nel luogo dell'accettazione che si completa, anzi, prende esistenza legale l'obbligazione. Si presume, dice giustamente il Savigny, che l'autore della proposta si è recato al domicilio dell'altra parte, e vi ha ricevuto il suo consenso.

59. Della legge che regola la competenza e la forma dei procedimenti.

Se vi è principio di diritto internazionale su cui tutti gli scrittori siano d'accordo, e che possa dirsi sancito dalla legislazione di tutti i paesi, è cotesto; che la competenza e la forma dei giudizi sono regolate dal luogo in cui segue il giudizio. « Non si trova esempio, dice il Foelix, che una nazione abbia mai accordato un effetto qualunque nel suo territorio alle leggi straniere, concernenti la competenza delle autorità e la forma di procedere dinanzi ad esse ». Quindi, tutte le formalità da osservare per introdurre e dirigere una azione dinanzi ai tribunali, come pure le regole che questi devono seguire per rendere una decisione, non possono essere se non quelle della legge del territorio in cui si deve giudicare la controversia.

Come conseguenza e applicazione di questo principio bisogna giudicare, secondo le leggi di ciascuna nazione, se una causa dev'essere portata dinanzi alla giurisdizione ordinaria, o dinanzi una giurisdizione eccezionale; in Inghilterra e agli Stati Uniti, se l'azione appartiene alla giurisdizione del diritto comune o a quella dell'equità: negli altri paesi, se si deve

Digitized by Google

quod actum est: aut si non pateat, quid actum sit, erit consequens ut id sequamur quod in regione, in qua actum est, frequentatur (*L. 34, De reg. jur*). Vedi pure l'art. 1134 del Codice Civile.

Il Foelix, svolgendo questa dottrina, crede che il giudice straniero, nel consultare la legge del paese in cui l'atto fu passato, non la considera già come una legge avente forza e vigore, nè le obbedisce; ma la segue soltanto come mezzo d'interpretazione del contratto su cui sia sorta la controversia (96).

L'opinione di Foelix può valere in Francia ed altrove; ma in Italia è apertamente contraddetta dalla legge. I termini precisi e imperativi dell'art. 9 impongono al giudice italiano di applicare alle convenzioni stipulate all'estero la massima *locus regit actum* non solo alla forma, ma altresì alla sostanza ed agli effetti.

Tutte le disposizioni che precedono si riferiscono naturalmente all'ipotesi del silenzio delle parti circa la legge che deve regolare la sostanza e gli effetti delle convenzioni: ove però esse l'avessero esplicitamente determinata, sono pienamente in diritto di far prevalere la loro volontà: e l'ultimo capoverso dell'art. 9 riconosce nel modo più formale questo diritto.

Giova però ricordare ancora due principii di diritto generalmente riconosciuti.

Il primo è che, in mancanza di convenzioni espresse, i beni della società coniugale, nei matrimoni compiuti all'estero, sono regolati dalle leggi personali del marito; e che il regime matrimoniale una volta stabilito, rimane immutabile, nè cambia più per cambiamento di domicilio o di nazionalità.

Il secondo, che le convenzioni conchiuse per lettera, o per telegramma divengono perfette nel luogo

Digitized by Google

in cui la prima lettera o il primo telegramma è ricevuto, e da cui parte la risposta scritta o telegrafica portante accettazione della proposta: e ciò perchè è nel luogo dell'accettazione che si completa, anzi, prende esistenza legale l'obbligazione. Si presume, dice giustamente il Savigny, che l'autore della proposta si è recato al domicilio dell'altra parte, e vi ha ricevuto il suo consenso.

59. Della legge che regola la competenza e la forma dei procedimenti.

Se vi è principio di diritto internazionale su cui tutti gli scrittori siano d'accordo, e che possa dirsi sancito dalla legislazione di tutti i paesi, è cotesto; che la competenza e la forma dei giudizi sono regolate dal luogo in cui segue il giudizio. « Non si trova esempio, dice il Foelix, che una nazione abbia mai accordato un effetto qualunque nel suo territorio alle leggi straniere, concernenti la competenza delle autorità e la forma di procedere dinanzi ad esse ». Quindi, tutte le formalità da osservare per introdurre e dirigere una azione dinanzi ai tribunali, come pure le regole che questi devono seguire per rendere una decisione, non possono essere se non quelle della legge del territorio in cui si deve giudicare la controversia.

Come conseguenza e applicazione di questo principio bisogna giudicare, secondo le leggi di ciascuna nazione, se una causa dev'essere portata dinanzi alla giurisdizione ordinaria, o dinanzi una giurisdizione eccezionale; in Inghilterra e agli Stati Uniti, se l'azione appartiene alla giurisdizione del diritto comune o a quella dell'equità: negli altri paesi, se si deve

Digitized by Google

seguire dinanzi al foro del domicilio del convenuto (*forum rei*) o al *forum contractus, administrationis, rei sitae*, ecc. (Foelix, 126). Ma rimane sempre fermo il principio che la competenza e le forme dei procedimenti sono regolate dalla legge del luogo in cui segue il giudizio. E ciò non è solo per omaggio alla sovranità dello Stato; ma altresì per la ragione che colui il quale invoca il giudizio dei tribunali di un paese mostra, così facendo, che aderisce implicitamente alle istituzioni giudiziarie del paese medesimo e che ha fiducia in esse.

Ma l'estensione del principio in virtù del quale le forme dei procedimenti e la competenza sono regolate dal luogo in cui segue il giudizio non giunge fino al punto di entrare nel merito della contestazione, e neppure nella forma dell'atto che le ha dato origine. La forma estrinseca è retta, come dicemmo, fino a prova contraria, dalla massima *locus regit actum*: la materia degli atti è retta ora dallo statùto personale, ora dallo statuto reale, ora dalla autonomia delle parti, ora dalla legge al luogo in cui le convenzioni divennero perfette, e ora — se sono donazioni o atti di ultima volontà — dalla legge nazionale del disponente.

Qui si presenta la distinzione stabilita dagli autori *inter ea quae litis formam concernunt ac ordinationem, et ea quae spectant decisoria causae et litis decisionem.* « Vi sono, dice Merlin, due specie di formalità giudiziarie, le une che appartengono solamente all'istruzione, e non sono relative che alle procedure; ragione per cui i giurisconsulti le chiamano *ordinatoria litis*; le altre che appartengono alla sostanza medesima della causa, la cui omissione od assenza neutralizza od an-

Digitized by Google

nienta l'azione, e che i giurisconsulti designano colle parole: *decisoria litis* » (Merlin, *Repert. Preuve*).

I mezzi di prova delle obbligazioni appartengono precisamente a quest'ultima classe, perchè influiscono efficacemente sulla materia medesima della contestazione. Gli autori del *Repertoire de Jurisprudence* spiegano nel modo seguente le ragioni su cui si fonda questo principio: « Ogni paese ha le sue leggi per le forme destinate a far prova degli atti; e queste leggi sono fondate su motivi differenti. Qui la prova testimoniale è ammessa indistintamente, perchè il legislatore ha presunto molto della sincerità dei suoi sudditi; là è ristretta in certi limiti, perchè l'esperienza ha provato che gli abitanti si allontanano spesso dalla verità..... Sicchè le leggi relative alla forza probante degli atti sono fondate su ragioni puramente locali, e particolari a ciascun territorio. Non c'è che la legge del luogo in cui l'atto fu fatto che ne possa attestare la verità. La legge del domicilio delle parti nè quella situazione dei beni han questo potere, perchè le ragioni che hanno determinato le loro disposizioni sono tutte differenti da quelle che hanno dettato le formalità prescritte nel luogo del contratto ».

Lasciando per ora da parte l'esame delle vere cause per cui la prova testimoniale è più estesa in un paese che in un altro, e che sono assai diverse da quelle che adduce il Merlin, ciò che giova constatare si è che il principio sancito dall'art. 10 è oggimai universalmente riconosciuto, essendo fondato sulla giustizia, sul buon senso: è infatti di tutta evidenza che le parti, nello stipulare il contratto secondo le leggi di un paese, non hanno potuto a meno di prevedere la possibilità di un conflitto, e di preoccuparsi delle prove

Digitized by Google

che converrà loro addurre in appoggio delle loro ragioni.

60. Dell' esecuzione delle sentenze pronunciate da tribunali stranieri.

Ma a che varrebbe per un contraente l'aver ottenuto una sentenza favorevole a suoi diritti, se gli effetti del giudizio dovessero essere circoscritti alle frontiere dello Stato in cui venne pronunciata? Non sarebbe cotesto il mezzo migliore per incoraggiare la mala fede e per mettere un ostacolo insormontabile allo sviluppo degli scambi commerciali fra nazione e nazione? È evidente che se una sentenza non ha efficacia fuori della giurisdizione dell'autorità giudiziaria da cui sia stata emanata, un contraente che voglia sottrarsi alle obbligazioni assunte in un paese dato, ha un mezzo semplicissimo per evitare la coercizione; porti il suo domicilio e i suoi beni fuori di quel paese: egli si mette al riparo d'ogni pericolo, e può essere impunemente disonesto.

È però ovvio il vedere quali sarebbero gli effetti morali, politici, ed economici di un simile stato di cose: la mala fede trionfante inasprirebbe i rapporti fra popolo e popolo: e il commercio internazionale che forma parte della ricchezza privata e delle pubbliche entrate, sarebbe colpito alle sue radici.

A eliminare cotesti danni occorreva trovare il modo di dar valore ed effetto ai giudicati dei tribunali, anche fuori del paese in cui vennero pronunciati.

Ma a questo principio salutare di giustizia internazionale se ne opponeva un altro, non meno grave e sacro, ed è l'autonomia delle nazioni. Se uno Stato

Digitized by Google

deve ubbidire ai giudici di un altro Stato, non è un rinunciare alle guarentigie della sovranità? Non è un riconoscere la sovranità di un altro Stato sulle persone e sui beni dei nostri concittadini? E se le leggi che vennero applicate nella sentenza dei giudici dello Stato estero contengono disposizioni inique o contrarie al diritto comune, alle nostre instituzioni, dovremo noi darle esecuzione, e metterci così in apertamente in conflitto colle leggi vigenti presso di noi?

Non è necessario insistere sulla forza rispettiva dei due principii che pure occorreva conciliare. Da un lato, la necessità della giustizia universale, le esigenze dei rapporti di buona amicizia, o *comitas*, della *reciproca utilitas:* dall'altra, la dottrina formolata da Paolo e sancita dalle leggi romane, in virtù della quale *extra territorium jus dicenti impune non paretur* (D. L. 2, I), dottrina conforme al diritto di tutti gli Stati, e che è anche regola dell'ordinamento territoriale in materia di procedura; come risolvere le difficoltà sorgenti da così opposti interessi?

Si è trovato un mezzo semplicissimo per conciliare gli uni e gli altri; e ce lo dice il terzo alinea dell'art. 10, secondo il quale le sentenze pronunciate dalle autorità straniere avranno esecuzione nel Regno, quando siano dichiarate esecutive nelle forme stabilite dal Codice di procedura civile. E anche queste formalità potranno essere omesse o semplificate quando vi siano trattati internazionali, che dispensino dall'osservarle o che le restringano.

Ecco brevemente le disposizioni del Codice di Pr. C. sulla esecuzione delle sentenze pronunciate da tribunali stranieri: — esse ricevono la loro forza dalla Corte d'appello nella cui giurisdizione debbono essere eseguite,

Digitized by Google

premesso un giudizio di delibazione in cui la Corte esamina 1.° se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente: 2.° se sia stata pronunciata, citate regolarmente le parti: 3.° se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci: 4.° se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del Regno (941). Lo stesso Codice traccia le regole da seguirsi onde procedere agli atti necessarii per l'esecuzione delle sentenze e dei provvedimenti delle autorità giudiziarie straniere per sequestri, esami di testimoni, perizie, giuramenti, interrogatorii, ed altri atti d'instruzione da farsi dal Regno.

Appena occorre notare che la validità degli atti passati all'estero è bensì determinata dalla massima *locus regit actum*, ma che non possono produrre i loro effetti nel Regno se non debitamente legalizzati. Per cui, senza questa formalità non possono essere trascritti (C. Civ. 1935), nè produrre inscrizione d'ipoteca (1990). La legalizzazione di un atto autentico consiste essenzialmente nella dichiarazione con cui uno o più funzionari del paese in cui l'atto è seguito attestano la firma, la qualità e il luogo di residenza dell'ufficiale che lo ha ricevuto, ed è completata e sancita da un rappresentante dello Stato in cui l'atto è destinato a produrre i suoi effetti.

Ma qual è la legge che deve regolare i modi di esecuzione degli atti e delle sentenze? È quella del luogo stesso in cui l'esecuzione si compie, e che è altresì attributiva di giurisdizione: questo principio, sancito dall'alinea quarto dell'art. 10, è oggimai adottato dalla legislazione o dalla giurisprudenza di tutti i paesi.

Digitized by Google

LEZIONE IX.

SANZIONE DELLE LEGGI POSITIVE

61. Necessità d'una sanzione.

Lo scopo che le leggi si propongono, o devono proporsi, è l'ottimo ordinamento del sociale consorzio. *Hominum causa*, dicono le leggi romane, *omne jus constitutum est* (D. L. I, § 2), o in altri termini, scopo unico delle leggi è il benessere degli uomini: e siccome l'interesse pubblico non è altro che la risultanza degli interessi individuali o privati, così la legge che regola i diritti e i doveri delle persone deve considerarsi come l'oggetto precipuo degli sforzi di un governo civile.

Or si vede quanto sia assurda la dottrina che stabilisce un antagonismo fatale fra l'interesse pubblico e gl' interessi privati, mentre la verità è che l'uno riassume gli altri, e che, quindi, può considerarsi come l'unità finale a cui tutti gli altri riescono. Qui si parla, ben inteso, degli interessi privati che siano legittimi, i quali soli armonizzano necessariamente coll' interesse pubblico; quanto agli interessi illegittimi, il loro an-

Digitized by Google

tagonismo col bene comune non ha bisogno d'essere dimostrato.

Se lo scopo delle leggi è di provvedere alla tutela dei diritti e dei doveri degli individui, è chiaro che non deve essere consentito a chicchessia di violarle: e questo intento è raggiunto con una duplice e diversa sanzione, secondo la gravità della violazione; cioè, la sanzione civile e la sanzione penale.

La sanzione civile è essenzialmente negativa: essa consiste in ciò, che colpisce di nullità l'atto illegale, o ne restringe gli effetti; tuttavia essa infligge talora qualche danno al contraente o al disponente che ha agito contro il disposto della legge.

La sanzione penale è invece positiva: essa consiste nell'applicazione delle pene portate dalle leggi a chi le ha violate: e produce quasi sempre anche gli effetti della sanzione civile, la quale estende rare volte i suoi effetti alla sanzione penale.

Un precetto legislativo privo di sanzione non è, a rigor di parola, una legge, perchè non importa pei cittadini l'obbligo di conformarvisi: è una raccomandazione, che può talora servir di norma al magistrato, ma che, per sè stessa, non ha valore positivo di sorta. Così l'art. 130 che impone ai coniugi la reciproca fedeltà non contiene sanzione alcuna, pel caso in cui l'infedele sia il marito, ma non introduca la concubina nel domicilio coniugale (150): — lo stesso articolo impone l'obbligo della coabitazione, ma non mette alla violazione di questo precetto alcuna pena, salvo che quando, per esempio, la moglie allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, ricusi di ritornarvi, il marito può rifiutarle gli alimenti: — l'art. 138 impone l'obbligo ai genitori di educare e d'instruire la prole:

Digitized by Google

ma se nol fanno, come sono puniti? Il Codice tace. — Il figlio, dice l'art. 220, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori. Ottimo precetto di morale, ma che non è al suo posto in un corpo di leggi, ciascuna delle cui disposizioni deve essere accompagnata da una sanzione.

Si potrebbero moltiplicare gli esempi delle disposizioni puramente teoriche o morali delle nostre leggi, che non producono effetti legali, perchè la loro violazione non reca conseguenza alcuna. È questo un difetto che i nostri legislatori hanno imitato dalle leggi romane e dalle francesi.

62. Di una distinzione circa gli effetti prodotti dall'inosservanza delle leggi.

Sarebbe un grave errore il credere che tutti gli atti fatti o pattuiti contro le disposizioni delle leggi producano gli stessi risultati; mentre gli uni sono annullati, o puniti, gli altri possono invece conservare la loro validità.

V'è dunque una distinzione da farsi tra gli effetti che derivano dall'inosservanza della legge: e questa distinzione ha il suo fondamento nell'indole o nella importanza degli atti, oppure nella qualità delle persone che dispongono o contraggono. I principii oggimai accettati su questo punto sono i seguenti:

È permesso derogare alle legge in tutto ciò che non è imperativamente regolato dalle sue disposizioni. L'art. 12 del titolo preliminare, interdicendo che si deroghi alle leggi proibitive del Regno che riguardino persone, beni od atti, ha implicitamente riconosciuto la facoltà di modificare quei precetti del diritto civile

Digitized by Google

che sono d'interesse meramente privato e di rinunciare a prevalersi di quelle guarentigie o di quei favori che la legge ha introdotti a solo beneficio dei privati. *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare.* Ma se ciascuno può rinunziarvi per sè, non lo può per gli altri; e non è valido l'atto con cui si recasse nocumento ai diritti dei terzi.

Sono dunque nulli: — 1.° gli atti seguiti contro il disposto proibitivo della legge e contro i quali è esplicitamente pronunciata la nullità: — 2.° quelli che mancano delle condizioni essenziali richieste per la loro validità: 3.° quelli contrarii all'ordine pubblico o ai buoni costumi.

Ma le nullità sono esse tutte egualmente decisive e radicali? No: dalla lettera come dallo spirito delle nostre leggi e dei principii generali di diritto si possono dedurre le tre specie seguenti di nullità:

La nullità assoluta, insanabile, di pieno diritto, che non produce effetto di sorta:

La nullità egualmente assoluta e insanabile, che deve essere pronunciata dal giudice, a richiesta di chiunque vi sia interessato, ma che può aver prodotto effetti da doversi rispettare.

La nullità sanabile, sia col consenso delle parti, sia collo spirare del termine fissato per farlo pronunciare; questa è generalmente stabilita a favore di alcuni soli, designati con precisione dalla legge.

Appartengono alla prima classe gli atti che, secondo la giustissima proposta di Zachariae (I, 37), devono essere chiamati inesistenti. Così, è inesistente un contratto seguito con un fanciullo che non ha ancora raggiunto l'età di ragione; il contratto che non

Digitized by Google

ha oggetto, o il cui oggetto è perito: il contratto sulle successioni future. Su questi contratti, nulli di pien diritto, si hanon solo azione di nullità o di rescissione, ma altresì azione di ripetizione, o in rivendicazione, se si pagò qualche cosa. Un matrimonio rimasto incompleto, perchè l'ufficiale dello stato civile non ha pronunciato in nome della legge l'unione degli sposi, è parimente un atto inesistente. L'inesistenza di un atto non si può coprire nè colla conferma, nè colla prescrizione: il magistrato deve pronunciarla sempre.

Gli atti che sono colpiti da nullità assolute, ma che esistono, sono quelli nei quali venne violata qualche disposizione proibitiva della legge, o la cui vita giuridica continua solamente finchè il vizio che le diede origine non sia stato conosciuto e condannato. Possono chiedere la nullità non solo tutti coloro che vi hanno interesse, ma anche il Pubblico Ministero.

Tutte le altre nullità, avendo meno in vista un principio generale di diritto che la protezione di alcuni speciali interessi, sono meno gravi, e non possono essere pronunciate se non dietro la domanda di coloro al cui beneficio vennero stabilite.

63. Dell'azione di nullità e dell' azione di rescissione.

Si confonde generalmente l'azione di nullità con l'azione di rescissione: e la mancanza di precisione nella terminologia adoperata dal Codice concorre ad accrescere l'equivoco.

Non è già che la distinzione così profonda ammessa dal diritto romano fra le due azioni sia ancora in vigore nel nostro diritto: ma vi sono tuttora tali diffe-

Digitized by Google

renze, da doversi evitare ogni confusione fra l'una e l'altra.

Chi provoca l'azione di nullità di un atto deve provare che quest'atto manca di una delle condizioni necessarie alla sua validità; per esempio, di una formalità prescritta dalla legge, sotto pena di nullità, come sarebbe la vendita di un immobile per parte di una donna maritata, fatta senza l'autorizzazione del marito (art. 134). Fatta questa prova, il giudice deve pronunciare la nullità.

Invece, per l'atto rescindibile, colui che intenta l'azione di rescissione deve provare: 1.° che si trova in uno dei casi per cui la legge concede quest'azione: 2.° che ha provato una lesione nell'atto di cui si lagna. Così, il minore dovrà provare la sua minorità, in seguito, che è stato leso: *non restituitur tamquam minor, sed tamquam loesus.*

Chi domanda la rescissione di un atto per causa di lesione può essere respinto con l'offerta di un'indennità che compensa la lesione: così in materia di divisione e di vendita il convenuto può troncare la domanda di rescissione o impedirne gli effetti offrendo il supplemento del prezzo (art. 1534) o della porzione ereditaria (art. 1042) dell'attore: il che dev'essere esteso per analogia a tutti i casi in cui v' è luogo ad azione di rescissione per lesione.

Nulla di ciò è ammesso quando si tratta di azioni di nullità.

Queste distinzioni, che paiono a prima vista di poca importanza, ne hanno invece una grandissima, come si vedrà più innanzi.

Digitized by Google

64. Degli atti dichiarati nulli dalla legge.

Vi sono alcuni atti che la legge dichiara esplicitamente nulli: altri invece, sebbene non siano colpiti in modo preciso di nullità, non per ciò sono validi. Zachariae distingue per conseguenza codeste nullità in testuali e in virtuali. Chiama testuali quelle che sono direttamente significate dalla legge: e virtuali quelle che risultano dalla violazione di un precetto la cui osservazione era indispensabilmente richiesta, sia come conseguenza dei principii generali di diritto, sia come mezzo di raggiungere uno scopo che il legislatore si proponeva.

In applicazione di tale distinzione bisogna ammettere che vi può essere nullità, anche nel caso in cui non sia pronunciata con termini precisi. La nostra legislazione non riconosce parole sacramentali; per cui ciò che occorre cercare non è la lettera, ma lo spirito. Vi sono molte disposizioni le quali, sebbene non siano sancite con la parola *nullo* o *nullità*, pure hanno la stessa forza. Sicchè, poco monta che il legislatore abbia detto: non può avere effetto (art. 1119, 1319) non produce alcun effetto(art. 1795) rimane senza effetto (art. 1384) non vi ha contratto (art. 1452): tutte queste espressioni equivalgono ad una dichiarazione formale di nullità. Lo stesso importano le espressioni che si trovano spesso nelle leggi, quando queste pronunciano che non si sarà ricevuti, non si sarà ammessi, che un atto non è suscettibile di... — Tutte queste nullità sono di quelle che Zachariae classificherebbe fra le testuali, benchè il vocabolo preciso non sia adoperato dalla legge.

Digitized by Google

Vi sono poi le nullità che risultano dalla inosservanza delle condizioni richieste per la sostanza di un atto. Così, l'iscrizione ipotecaria avendo per oggetto di far conoscere la posizione del debitore a chiunque voglia contrattare con lui, è nulla l'iscrizione che non fa menzione dell'ammontare del credito iscritto (articolo 1965) — Così avvien di tutti gli atti a cui mancano gli elementi costitutivi della loro validità intrinseca.

Sono parimente nulli i contratti a cui manchi alcuna delle condizioni richieste dall'art. 1104: nulli gli atti seguiti dinanzi a persone che non avevano il potere di farli, o il carattere richiesto dalla legge: *non est major defectus quam defectus potestatis*: per cui, i notari fuori della loro circoscrizione, i giudici incompetenti per una delle ragioni previste dalla legge ec. non possono produrre atti o giudizii validi.

65. Degli atti contrarii all'ordine pubblico e ai buoni costumi.

Fin qui le disposizioni delle leggi sono così chiare che non è malagevole avere una norma generale per la soluzione delle difficoltà che si possono presentare. Dove comincia davvero il campo delle controversie si è nel ricercare le cause di nullità che derivano dall'offesa all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Il Codice ritorna sovente sulla nullità di cui colpisce gli atti che contengono simile offesa (art. 12 del tit. prel.: per le successioni, art. 849: per le donazioni, art. 1065: pei contratti, art. 1104, 1122: per le obbligazioni condizionali, art. 1160): la quale ripetizione, sia detto di volo, è perfettamente superflua dopo il disposto dell'ar-

Digitized by Google

ticolo 12 del titolo preliminare. Ma in nessun articolo ci si spiega in modo preciso cosa s'intende per ordine pubblico e buoni costumi. Bisogna dunque riferirsene ai principii generali della morale e del diritto pubblico.

Si è chiesto da molti se non sarebbe assai conveniente enumerare almeno in modo indicativo le cause che danno luogo a nullità di un atto, perchè contrarie all'ordine pubblico ed ai buoni costumi: ma si è conchiuso generalmente che è assai più conveniente lasciare alla giurisprudenza la cura di determinare secondo l'infinita varietà dei casi, quando un atto debba annullarsi per queste ragioni.

Io credo però che, circa i buoni costumi, una facoltà così illimitata sia giustificabile soltanto quando si ammetta la distinzione stabilita più innanzi fra i doveri morali e i doveri giuridici; secondo la quale, il magistrato non deve occuparsi che dei secondi. *Non omne quod licet honestum est*, diceva il diritto romano (*De Reg. Jur.* 144). E se è deplorabile che in un atto si faccia offesa alla morale, credo tuttavia che dovrebbe dichiararsi valido, almeno per la parte che non vi ebbe colpa, o l'ebbe minore. Questo principio è ammesso in alcuni casi e particolarmente dall'art. 116, pei matrimoni dichiarati nulli. Ma dovrebbe essere esteso a tutti gli atti, compresi gli obblighi derivanti dal gioco e dalla scommessa, nello stesso modo che si è responsabili di quelli che derivano dai delitti e quasi delitti.

Quanto all'ordine pubblico non posso a meno di disapprovare l'elasticità di queste due parole, le quali danno luogo nella pratica alle più deplorabili contraddizioni. Un tale inconveniente sarebbe evitato quando, invece d'ordine pubblico, si dicesse invece diritto pubblico.

Digitized by Google

Citerò un esempio curioso della contraddizione che lamento. La qualità di coniuge divorziato è, secondo alcuni tribunali francesi, di ostacolo al matrimonio dello straniero in Francia, perchè si tratta di una proibizione d'ordine pubblico (*Parigi*, 30 *agosto*, 1824 — 28 *marzo*, 1843). No, non è una proibizione d'ordine pubblico: il matrimonio è dunque permesso (*Cassazione francese*, 28 *febbraio* 1860 — Vedi la bella requisitoria di Dupin — Dalloz R. P. 1860, I. 52). Potrei moltiplicare gli esempi.

Se invece di ordine pubblico si parlasse di diritto pubblico, si avrebbe un concetto chiaro, determinato: così le leggi abolitive dei fedecomessi, dei maggioraschi o di altre sostituzioni, quelle relative al godimento dei diritti civili per chiunque non ne sia decaduto per condanna penale, alla monogamia, e simili sono veracemente leggi di diritto pubblico, perchè interessano i principii fondamentali del civile consorzio e le libere instituzioni che ci governano. Il magistrato avrebbe un criterio direttivo per decidere quali sono le leggi che costituiscono il diritto pubblico dello Stato, quali le leggi di diritto puramente privato, a cui sia permesso di derogare. Ma per recare l'innovazione a cui accenno occorrerebbe naturalmente restringere d'assai il campo, ora vastissimo ed arbitrario, delle proibizioni dette d'ordine pubblico.

La disposizione contenuta nell'art. 12 del Tit. prel. non è altro che la ripetizione delle dottrine del diritto romano. *Pacta quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est,* è detto energicamente nel L. 2, T. III, 6, Cod. (*De pactis*). E nel Digesto (L. I, 4): *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet.* — Più ancora:

Digitized by Google

Pacta quae turpem causam continent non sunt observanda (D. L. II, T. XIV). *Ius pubblicum privatorum pactis mutari non potest* (D. L. 38, *De pact.*). Sono infiniti i testi che sanciscono questo principio: e quasi tutti portano l'impronta della confusione che facevano così spesso i giurisconsulti romani fra la morale e il diritto.

Dal complesso delle nostre leggi e dai principii meglio accertati della giurisprudenza nostrale e francese (la quale ultima è quasi sempre la guida dei nostri tribunali) si può considerare come contrario all'ordine pubblico ogni atto che contraddica 1.° alle instituzioni politiche dello Stato: 2.° alle leggi relative alla pubblica sicurezza, alle cose messe fuori di commercio, e simili: 3.° alle disposizioni che concernono le forme degli atti, i minori, gli interdetti, le donne maritate, le cause suscettibili di comunicazione al Pubblico Ministero, i fallimenti, e simili. Ma ognuno vede dalla diversità d'indole e di gravità delle nullità qui indicate come d'ordine pubblico, quanta sia l'incertezza che vi regna, e quale l'elasticità della giurisprudenza in proposito.

Più vasta ancora e più arbitrariamente illimitata è la sfera degli atti contrarii ai buoni costumi; ed è presso a poco impossibile tracciare una linea che la determini.

Anche le nullità d'ordine pubblico sono, come le altre, generalmente divise in due classi: quelle la cui nullità è insanabile, quelle che possono essere coperte; di quì la regola che *multa fieri prohibentùr quae si fuerint facta obtinent firmitatem.* Così, l'interdizione alla vedova di contrarre un nuovo matrimonio innanzi che siano scorsi dieci mesi dallo scioglimento

Digitized by Google

del primo (art. 57), benchè classificata fra le disposizioni d'ordine pubblico, come quella che può dar luogo a contestazioni sullo stato civile dei figli nascituri – lo stato civile essendo d'ordine pubblico — pure non produce nullità, e solo colpisce la donna con le sanzioni stabilite dall'art. 128. — Lo stesso può dirsi delle pubblicazioni di matrimonio.

Quanto alle nullità derivanti da offesa ai buoni costumi, si fa una distinzione fra le convenzioni di cui si domanda l'esecuzione, e quelle che furono già eseguite. Se la convenzione non è eseguita, i tribunali la dichiarano nulla: se invece è stata eseguita dalle parti, e che una di esse voglia, per esempio, ripetere ció che ha pagato, in conseguenza del contratto, i tribunali allora cercano da qual parte è l'infrazione ai buoni costumi, e seguono generalmente il principio: *ubi dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti dicimus.... Quoties autem accipientis turpitudo versatur repeti potest* (L. 3, e L. 4, 2: — *De Condict. ob turp. caus*). (Vedi però art. 1804).

66. Dell'azione di nullità.

Ogni volta che si verifica uno dei fatti che cadono sotto le sanzioni stabilite dalla legge si apre l'azione di nullità: su di che sono da esaminare le quistioni seguenti:

1.° Chi ha diritto di proporre le nullità?

2.° L'azione di nullità è essa personale o reale?

3.° Come si provano le nullità?

4.° Le nullità devono essere sempre pronunciate dal giudice?

5.° Quali effetti producono?

Digitized by Google

1.° La prima condizione per proporre una nullità si è d'avere un interesse positivo ed attuale a farla pronunciare: senza interesse non v'è azione. Ma non bisogna prendere la parola interesse nel solo senso pecuniario; vi sono altresì degli interessi morali che conferiscono questo diritto: così l'azione che deriva dalla legge *Diffamari* (Cod. *de Ingenuis manumissis*), sebbene non sia ammissibile in tutta l'estensione che le dà il diritto romano, pure è evidente che la nostra legislazione la riconosce in principio come sufficiente a dar titolo per agire: l'onore non è un bene assai più prezioso del denaro? Ciò che si è detto di un interesse d'onore deve pur dirsi di un interesse di famiglia.

La seconda condizione è che chi promuove l'azione possa allegare un pregiudizio risultante dall'atto di cui chiede la nullità. Ciò che distingue l'interesse dal pregiudizio si è che l'interesse si riferisce agli effetti dannosi che può recare l'atto impugnato, il pregiudizio, a quelli già sofferti. L'interesse concerne il futuro; il pregiudizio invece il passato.

Le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, o della donna maritata con cui abbiano contrattato (art. 1107). Lo stesso deve dirsi di coloro che hanno contrattato con un Sindaco o con una Giunta non autorizzata dal Consiglio Comunale (*Legge Comunale*, art. 87, numeri, 3, 4). Tali nullità sono ad un tempo relative, in quanto sono stabilite unicamente in favore di persone incapaci, ed assolute, perchè non sono coperte dal silenzio delle parti che hanno il diritto d'invocarle. (Solon, *Traité des nullités*, 432 — Pigeau; *Proc. civ.* I, 217 — Dalloz, *Nullité*, 36).

Il Ministero Pubblico non ha qualità per agire

Digitized by Google

contro la nullità di un atto se non nei casi in cui la legge gliene conferisca espressamente il potere. L'azione d'iniziativa privata è la regola: quella del Ministero Pubblico è l'eccezione.

Nessuno può prevalersi di una nullità cagionata dal fatto proprio: se chi ne è stato causa ne prova un pregiudizio, gli si può opporre la regola: — *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (L. 203, *de Reg. jur*). Se può invece trarne vantaggio, si può invocare contro di lui quest'altra regola secondo la quale il fatto altrui non può nuocere se non a chi ne è l'autore: *factum cuique suum, non adversario, nocere debet* (L. 135, *de Reg. jur.*).

Gli eredi hanno le azioni del defunto, salve le restrizioni determinate dalle leggi: possono quindi opporre tutte le nullità di cui il loro autore aveva il diritto di prevalersi.

2.° L'azione di nullità o di rescissione dei contratti è essa personale o reale? Se si tratta di azioni di rescissione per lesione, non vi è dubbio che sono reali (art. 1038 e seg., 1529 e seg). Ma se si tratta invece di azioni di nullità per causa d'errore, di violenza e di dolo? Mi pare evidente che si debba applicare lo stesso principio. Il contratto macchiato d'errore, di violenza o di dolo essendo *annullabile*, non può produrre effetti *validi*, vale a dire, effetti definitivi, irrevocabili. Ora, se colui che ha contrattato con me non ha acquistato, sulla cosa che ha fatto oggetto del contratto, se non dei diritti revocabili, non può trasmettere certamente dei diritti irrevocabili ai terzi che hanno contrattato con lui sullo stesso oggetto. *Nemo*, dice la legge romana (*de Reg. juris*, 54), *plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* L'azione di

Digitized by Google

nullità è dunque reale e concerne la cosa che ha servito d'oggetto al contratto.

3.° Come si provano le nullità? Chiunque afferma una cosa in giudizio deve provarla: se ciò è vero in generale, lo è ancora più in materia di nullità. Le nullità non si presumono: e l'onere della prova spetta a chi afferma ed agisce.

Quando si tratta di nullità risultanti dal vizio di un atto, la prova non è difficile a prodursi: segnalato il vizio, la prova è fatta. Vi sono poi delle presunzioni legali che si traggono o dalla natura dell'atto, o dalla qualità delle persone, o dalle circostanze in cui l'atto è seguito. Per esempio, gli atti di alienazione a titolo gratuito fatti dal fallito nei dieci giorni precedenti alla cessazione del fallimento, sono presunti frodolenti, e sono quindi nulli relativamente alla massa dei creditori (Cod. di comm. art. 555).

Quando si tratta di recar le prove della nullità sostanziale di un atto, si ammette generalmente che la frode, il dolo, l'errore e la violenza possono provarsi per testimoni o per presunzioni (Dalloz, *Obligations*, 2861).

4.° Le nullità devono essere sempre pronunciate dal giudice? Su questo argomento le opinioni sono assai divise: ma tende giustamente a prevalere quella secondo la quale un atto nullo, anche d'ordine pubblico e di pien diritto, ha effetto, se la nullità non ne è pronunciata dal giudice, il quale non può pronunciarla, che sulla domanda delle parti interessate, e, in certi casi, di quei pubblici ufficiali che ne hanno avuto incarico espresso dalla legge.

V'è, bensì, una distinzione da farsi tra gli atti inesistenti, e gli atti nulli: in un caso come nell'altro si

Digitized by Google

esige la sentenza del tribunale, ma con questa differenza, che la sentenza si limita a *dichiarar* nullo l'atto inesistente, e *pronuncia* invece la nullità dell'atto nullo. Poniamo un matrimonio finto, contratto dinanzi a un privato che abbia usurpato le attribuzioni di ufficiale dello stato civile; qui non v'è matrimonio di sorta, nè c'è quindi bisogno di annullarlo: il tribunale si limita a constatare che non ha mai esistito. Ponete invece un matrimonio vizioso per incerto o bigamia: esso ha esistito ed esiste finchè il tribunale non l'abbia annullato: ma gli effetti civili che produce, conformemente all'art. 116, sono validi; il che non avviene pel matrimonio inesistente.

Perchè, adunque, ci vuole una sentenza di tribunale, anche per l'atto inesistente? Per la ragione che nessuno può far giustizia a sè stesso, e perchè il solo mezzo di terminar regolarmente ogni controversia è di ricorrere al tribunale.

5.° Qual'è l'effetto delle nullità? — Ciò che è nullo, dice il buon senso, non produce effetto di sorta. Questo è necessariamente il voto della legge, quando pronuncia senza restrizione la nullità di un atto. Se non si può impedire che quest'atto abbia esistito, se ne possono annientare o impedire gli effetti che avrebbe dovuto produrre. Tale è il principio generale in materia di nullità.

Ma questo principio è esso assoluto? No. Le nostre leggi gli apportano molte restrizioni, determinate dall'equità e dalla giustizia naturale. Ho già citato l'art. 116 circa gli effetti civili del matrimonio annullato: ma vi sono molti altri fatti che limitano il principio.

Così un testamento olografo, nullo come testamento, può valere per constatare, sia un debito, sia

Digitized by Google

un deposito: — un testamento segreto, nullo come tale, può valere come testamento olografo (art. 804.): — la polizza o promessa per iscrittura privata, nulla per mancanza del *buono* o *approvato*, richiesto dall'art. 1325, può valere come principio di prova per iscritto: — un atto nullo come autentico può valere come scrittura privata, quando ne adempie le condizioni. — Si potrebbero moltiplicare gli esempi di simil genere.

Ma queste sono eccezioni; il principio che prevale e domina la materia è che la nullità di un atto, quando sia pronunciata, produce effetto retroattivo fino al giorno in cui venne seguito: essa rimette le cose nello stato in cui si trovavano prima: tutti gli oneri creati, tutte le alienazioni consentite da colui il cui contratto è annullato, sono distrutte; perchè nessuno ha potuto trasmettere altrui più diritti di quelli che ne avesse egli stesso (L. 54, *de Reg. jur.* — *C. C.* art. 1975, 1796).

LEZIONE X.

LA LEGISLAZIONE CIVILE IN ITALIA PRIMA DEL NUOVO CODICE.

67. La codificazione delle leggi e la scuola storica.

Esposti così i principii generali e direttivi della nostra legislazione, prima di passare all'esame del diritto civile odierno importa esaminare brevemente quali ne sono le fonti, per quali vie si è mantenuta la tradizione giuridica delle nazione italiana. *Operum fastigia spectanctur, latent fundamenta*, disse Quintiliano (*Iust. Orat. Proem*). Ma noi, nel contemplare il recente edificio della nostra legislazione civile, possiamo ben dire che le fondamenta non sono meno meravigliose della sommità.

Uno degli errori più frequenti negli scritti consacrati alle scienze sociali è di considerare il diritto come un portato arbitrario del legislatore, dalla cui volontà uscirebbe la legge, vivente ed armata, come Minerva dal cervello di Giove: e non v'è compilatore di Codice il quale non sia tentato di dire dell'opera sua,

Digitized by Google

come Montesquieu scrisse del suo *Spirito delle leggi*, che è *proles sine matre creata.*

Ma ai vanti sonori rispondono i fatti; e i fatti insegnano che la potenza del legislatore è più ristretta che esso non creda; che allora solo il suo edificio è solido quando gli dà per base le fondamenta del passato; e che le leggi non conformi allo spirito, alle tendenze e alle tradizioni di un popolo non attecchiscono, ma sono presto o tardi destinate a cadere. Così insegna l'esperienza; onde Vico ebbe a dire con profondo senso di verità che « le cose fuori del loro ordine naturale nè vi si adagiano, nè vi durano »: e Montesquieu potè aggiungere, esagerando forse alquanto il concetto, che le leggi devono essere talmente acconcie al paese per cui sono fatte che è pel più raro dei casi se talvolta avviene che quelle di un popolo convengono ad un altro (*Esprit des Lois*, I, 3).

Su coteste ragioni si fondavano Hugo, Savigny e gli altri illustri giurisconsulti germanici, quando, nel combattere le dottrine di Thibaut, esposte da lui in molti scritti, e specialmente nella *proposta di codificazione indirizzata a tutti i popoli che professano idee liberali*, negavano la possibilità di un tale còmpito, e prendevano a stabilire come il tentarlo fosse non solo opera inopportuna, ma altresì pericolosa. Savigny, particolarmente, nel suo mirabile scritto — *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e giurisprudenza*, portò il più violento assalto che sia mai stato fatto alla teoria della codificazione. Egli comincia anzitutto con ricercare l'origine del diritto positivo: e interrogata la storia, questa gli mostra come presso ogni nazione la quale abbia una storia non dubbia, il diritto civile vi rivesta un carattere determinato, affatto

Digitized by Google

peculiare a quel popolo, non altrimenti che la sua lingua, i suoi costumi e la sua costituzione politica. Tutte queste differenti manifestazioni non hanno punto un'esistenza separata; ma sono altrettante forze ed attività di quel popolo, in natura indissolubilmente collegate e che solo alla nostra osservazione appaiono quasi dissociate. Ciò che ne forma un sol tutto è l'universale credenza del popolo, è il sentimento uniforme d'intimi bisogni, il quale esclude ogni idea d'un'origine puramente accidentale ed arbitraria.

Partendo da questi principii, il Savigny sottopone ad un severo esame le codificazioni allora conosciute; la prussiana, l'austriaca e la francese, dimostra le illusioni e i danni della violenta uniformità, e rivendica i diritti della storia delle leggi. Sollevandosi poscia a filosofiche considerazioni, pone come assioma il lento e progressivo svolgimento della scienza, prodotto del mutamento perpetuo dei bisogni, delle idee e dei costumi di un popolo; dichiara che il legislatore per eccellenza è il tempo, ed il legislatore uomo non aver altro diritto nè altro potere se non di sancire, ove ne sorga la necessità, i decreti del tempo: e conferma la sua dottrina con l'esempio del diritto romano, il più universale, il più durato, ed il più filosofico, perchè il più storico e più osservatore del tempo. La riforma quotidiana del Pretore *usu exigente et humanis necessitatibus* era per lui l'immagine viva e parlante del lavoro riformatore di una buona legislazione. E Schraeder, uno dei suoi più illustri seguaci, scriveva un libro apposta per isvolgere questa idea (V. *l'Editto pretorio dei Romani adattato alle nostre circostanze, mezzo principale di riforma adeguato e perpetuo del diritto nostro*).

Digitized by Google

Non è ora mio intendimento, nè il luogo è opportuno, d'intraprendere una discussione sui principi della scuola storica. Ciò solo mi basta constatare, che combattendo il pericoloso e falso concetto dell'onnipotenza del legislatore, essa ha richiamato le scienze giuridiche al loro ufficio naturale, e ha tracciato in modo luminoso le vere condizioni del progresso del diritto.

Quanto al principio della codificazione delle leggi, notava però giustamente il Vigliani, nella sua relazione nel 1.° libro del progetto di Codice civile: « il buon senso dei popoli che dovunque salutarono quale un insigne beneficio la promulgazione di un Codice che loro presentava ordinate, chiare e ridotte all'intelligenza di tutte le leggi che da tutti debbono essere osservate, ha da gran tempo decisa inappellabilmente la quistione, e imposto silenzio alle querele degli eruditi, che della legislazione fare vorrebbero ancora la scienza arcana e privilegiata, come l'antico diritto papiriano.... I Codici, emanazioni del progresso scientifico e civile, sono e debbono essere opere progressive, in quanto raccolgono, sotto forma precettiva, gli ultimi risultati della dottrina e della civiltà di quell' epoca più o meno memorabile che li produce. E siccome la dottrina e la civiltà non si arrestano, così anche i Codici, secondati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ne seguono il corso, mercè le riforme a cui di tempo in tempo debbono esser soggettati ».

Una prova di più del trionfo oramai decisivo e completo del principio della codificazione delle leggi ce la dà l'Inghilterra, che fu fino a ieri avversa ad ogni concessione su questo punto, e il cui Parlamento ora ha dato opera, per mezzo di Commissioni, ad un riordinamento razionale della sua legislazione.

Digitized by Google

68. Le tradizioni del diritto civile italiano.

Ma se vi è nazione a cui il principio dell'unità legislativa potea essere applicato con pienezza di successo, quella è sicuramente l'Italia, che vi era già preparata da tradizioni secolari. Sicchè, le perturbazioni e i disordini che accompagnano per lo più il passaggio da una legislazione ad un'altra, dovevano riuscire assai meno gravi fra noi che presso qualsiasi altro paese. Se, difatti, dalla forma estrinseca delle nuove instituzioni civili, attuate in Italia col primo del 1866, noi passiamo alla sostanza, vediamo tosto che, nel loro complesso, le innovazioni recate riguardano piuttosto le particolarità e consistono nell'accogliere i progressi della scienza; ma non toccano l'essenza, nè le fondamenta del diritto che vigeva nelle diverse provincie del Regno. Ed è naturale. Questo diritto attingeva — ho io bisogno di ricordarlo? — le sue disposizioni fondamentali a quella scuola ammirabile che, sorta in Roma 25 secoli or sono, è andata sempre svolgendosi sotto l'azione delle più diverse vicende, ha resistito alle catastrofi più spaventose che narrino le storie dell'umanità, e attraverso qualche ecclisse, fece raggiar la sua luce con tenace preferenza sulla nostra penisola.

Dopo le dimostrazioni di Savigny (*Storia del Diritto Romano,* V. I, p. 11, cap. 13) e dei più autorevoli storici delle leggi romane, dopo i documenti messi in luce in questi ultimi anni, nessuno oramai pone più in dubbio che le antiche instituzioni civili non solo si sono costantemente mantenute in vigore, ma non cessarono il loro lento, eppur continuo progresso, mal-

Digitized by Google

grado la caduta dell' Impero romano, malgrado le disastrose inondazioni dei Barbari. L' Italia è sempre rimasta latina nel suo diritto come nella sua letteratura, nelle sue arti come ne' suoi costumi. « Non vi è paese, osserva un giurisconsulto tanto più autorevole che è straniero, che sia stato come l' Italia preda dei Barbari, e non ve n'è alcuno che abbia serbato così poche traccie del loro passaggio. Questi rozzi guerrieri del Settentrione, una volta discesi in Italia, si fondevano come una valanga di neve nella tepida atmosfera delle valli » (Gide, *Leg. civ. en Italie*). « Chiunque si mischia agli Italiani, diceva il Goto Cassiodoro, divien bentosto suddito della legge romana: *Juri romano servit quid quid sociatur Italiae* (*Varia*, I, 27) ».

Ma il pieno sviluppo del giure romano si compiette più tardi, quando, sotto l'azione di cause molteplici e diverse, si videro sorgere in Italia i Comuni, specialmente di Lombardia e di Toscana. Si consultino i loro statuti: si legga la loro istoria, e si vedrà fino a qual punto incarnarono nelle loro leggi le instituzioni romane. In queste democrazie, come in quelle dell'antichità, la libertà non era altro che la partecipazione di tutti i cittadini all'esercizio di un potere pubblico spesso oppressivo e inquisitoriale. Mentre altrove i feudatarii offrivano, vendevano o imponevano la loro protezione ai Comuni del Nord, ancora mal sicuri nel possesso della loro libertà, nelle repubbliche Italiane erano invece i nobili che venivano a domandare il diritto di cittadini, e a mettere la loro spada al servizio della città. Nel diritto civile come nelle instituzioni politiche i Comuni Italiani rimasero fedeli alla tradizione romana: il diritto germanico, violentemente importatovi dai longobardi, non vi lasciò che debole traccia.

Digitized by Google

È stato argutamente osservato come l'ufficio dei governanti nei nostri Comuni era, non già di creare o di fare, ma di emendare e riformare gli statuti e le leggi (*ad reformandum, ad corrigendum, ad emendandum*). E C. Carpellini, nel suo dotto discorso sugli Statuti di Siena, nota come il diritto romano vi fosse vigente da tempo immemorabile, e come i riformatori lavorassero sopra materia « di assai gran tratto preparata, provata e riprovata dall'esperienza, resa famigliare ed autorevole dalla tradizione, e da lungo tempo innaruata nell' indole delle genti (pag. 13) ».

In tutti gli statuti più antichi il diritto romano è il fondamento d'ogni legge e d'ogni giudizio. Sovente è riprodotto con testi precisi; sovente è involuto da forme proprie. Chi vuol trovare prove a dovizia dell' una e dell'altra specie di documenti potrà attingerne nella storia del Savigny. Ma, o si tratti di frammenti riferiti parola per parola, o di principii conservati soltanto nella sostanza, il fatto è che la legge romana si mantenne non interrotta e vivente, e governò l' Italia.

E Roma come Milano, Ravenna come Modena, Napoli come Siena, avrebbero potuto dire del loro diritto ciò che scriveva l'antico statuto di Pisa: « la legge di queste città è la legge romana, a cui sono frammisti alcuni resti di legge longobarda: *retentis quibusdam de lege longobarda* ». Invece di longobarde, mettete le leggi germaniche di cui sia rimasto qualche frammento negli statuti speciali delle diverse città, e le parole dello statuto pisano sono applicabili a tutte. Gli statuti senesi ci danno un saggio della parte di diritto barbarico che restò mischiato alla legge romana; e si può citare la legislazione dei duelli, i

Digitized by Google

feudi imperiali, i diritti dei baroni di Maremma, le compensazioni pecuniarie per molti delitti e simili (1).

Ma tolte ben rare eccezioni la prevalenza del diritto romano fu generale e durevole: e il suo rifiorimento singolare si nota fin dai primordi dell'undecimo secolo. La nuova attività commerciale e industriale che si rivela trova nella legislazione romana le sue regole, le sue guarentigie, la sua protezione. L'uso della lingua latina negli affari sì profani che sacri, le fonti scritte che rimasero note, la pratica dei giudizii, l'abitudine della terminologia giuridica dei Romani, specialmente negli atti notarili, i costumi conformi alla loro legislazione, tutto cooperò non solo a mantenere e a radicare, ma altresì ad estenderne l'impero.

In fatti, si prendano ad esame gli statuti municipali che si conoscono, e vi si vedranno ricomparire le instituzioni più caratteristiche dell'antica Roma: la patria potestà, rigorosa e perpetua, rinforzata, da un lato, dal Senatus-consulto macedoniano, e dall'altro, appena temperata dall'ammissione dei diversi peculii: il testamento, solenne nella sua forma e assoluto ne' suoi effetti; l'inalienabilità dotale con tutti gli effetti che vi si collegano; — ipoteca privilegiata, proibizione di donazioni fra i coniugi, Senatus-consulto velleiano, ecc. — Sarebbe troppo lunga l'enumerazione delle prove dalle

(1) Ancora, è da dirsi che gli statuti senesi furono più degli altri impregnati di diritto barbarico, perchè vi durò a lungo il duello giudiziario; così nei libri della pubblica spesa pel 1248 è fatta menzione del pagamento di sei campioni, *che combatterono pel Comune contro quelli della Casa d'Incontro.* « E così fassi chiaro, nota Carpellini (16), che il Comune disbrigava a colpi di spada gli affari suoi, da pari a pari, coi potenti cittadini, e sosteneva i suoi diritti colle armi come ogni altra persona ».

Digitized by Google

quali risulta la continuità della tradizione romana; mi limiterò quindi a ricordare come oltre le disposizioni precise che vennero tolte al diritto romano, in tutte le materie che sono regolate da principii giuridici pressochè universali, le sue formole, ammirabili per concisione e per evidenza, erano già uscite d'Italia, e divenute legge dovunque era giunto raggio della sapienza latina.

69. Il diritto romano nelle leggi vigenti in Italia prima del 1866.

Ma se l'Italia dovette al regno del diritto romano tanta parte de' suoi progressi e della sua gloria, è giusto però riconoscere che l'inflessibile persistenza con cui governi e giurisconsulti lo mantennero vigente fra noi fu causa di una deplorabile inferiorità in molte parti della ragione civile. Uno sguardo sommario allo spirito delle leggi che regnavano nei diversi Stati della Penisola prima che all'unificazione politica seguisse l'unificazione legislativa basterà a dimostrare quanto fossimo ancora indietro alla maggior parte delle nazioni civili d'Europa, e quale aperta contraddizione vi fosse fra le libertà sancite dalle nostre instituzioni e le dottrine illiberali di alcuni Codici, appena toccate da qualche riforma timida e parziale.

Le leggi che governavano in Italia il diritto privato erano in alcuni Stati codificate, in altri no. Avevano Codici modellati sul Napoleonico le due Sicilie (26 marzo 1819): gli Stati di Parma (10 aprile 1820): gli Stati Sardi (20 giugno 1837): gli Stati Estensi, (25 ottobre 1851). Il Codice Napoleone officialmente tradotto dal francese aveva avuto forza di legge, an-

Digitized by Google

che dopo la caduta dell'Impero, nella Liguria fino al 1838, e nel Lucchese, fino a questi ultimi tempi. Il Codice Austriaco era andato in vigore nel Regno Lombardo-Veneto, fin dal 1.° gennaio 1816.

Lasciando per ora da parte quest' ultimo, inspirato a dottrine diverse da quelle del Codice Napoleonico, ciò che giova qui ora notare è che i vari Codici italiani, modellati sul francese, se ne separarono nel conservare un più servile ossequio alle più illiberali disposizioni del diritto romano.

La Toscana e gli Stati Pontificii, salvo alcune leggi speciali, conservarono l'Impero del diritto romano, con quelle modificazioni che avea ricevute dagli statuti municipali, dalle consuetudini, dal diritto canonico, dalle decisioni dei magistrati e dalle opinioni dei chiosatori.

Ma tanto nelle provincie governate dai Codici come in quelle che non ne avevano, noi troviamo scolpita l'impronta delle più antiche instituzioni che, come ben nota il Gide, dopo aver resistito, durante il medio evo, a tutte le invasioni dei Barbari, avevano saputo altresì resistere, nei tempi moderni, a tutti i progressi della civiltà: anzi, in alcune instituzioni si aggravarono persino i principii della legge romana.

Apriamo, infatti, i Codici e vi troviamo: il matrimonio celebrato dalla Chiesa, e regolato secondo i canoni del concilio di Trento: l'entrata negli ordini religiosi assimilata alla morte civile: la potestà domestica devoluta senza partecipazione alcuna al parente maschio della linea paterna: il figlio di famiglia privo fino all'età di 30 anni del godimento e dell' amministrazione del suo patrimonio, e ritenuto fino alla sua emancipazione, dal Senatus-consulto macedoniano, in

Digitized by Google

uno stato d'incapacità e perciò di dipendenza: il figlio passibile di diseredazione, e privo della sua legittima, se ha mancato ai doveri di figlio, o se ha abiurato la fede cattolica; la moglie spogliata del suo diritto di successione a profitto degli eredi maschi, e, con una nuova estensione del Senatus-consulto vellejano, dichiarata incapace di fare una liberalità come di costituirsi sicurtà; queste ed altre disposizioni dimostrano abbastanza luminosamente, come, malgrado la parte innovatrice attinta nel loro modello francese, pure i Codici Italiani non si allontanarono di molto dalle tradizioni dell'antichità e del medio evo (Vedi Cod. parm., art. 34, ec.- Cod. delle due Sicilie, art. 67, 189, 288, 848, 854, ec. - Cod. Alb., art. 108, 224, 714, 737, 942, 948, 1124, 1212, 1919, 2054, ec. - Codice est., art. 74, 119, 140, 842, 911, ecc).

Se poi si passassero ad esame le instituzioni ancora vigenti negli Stati Pontificii e in Toscana, si vedrebbe con singolare sorpresa fino a che punto l'antico diritto vi avea conservata la sua forza: e le lievi modificazioni che gli erano state apportate, invece di mitigarla, l'avevano regolata e accresciuta. Ma da quanto ne era rimasto ancora in vigore nei Codici modellati sul Napoleonico si può giudicare ciò che dovevano ancora contenerne le instituzioni pontificie e toscane, serbatesi fedeli alla tradizione più antica e più pura.

Tale era l'indole, tali erano i principii fondamentali delle legislazione civile dei varii Stati Italiani, quando sotto l'impulso della coscienza pubblica e per soddisfare una delle più imperiose esigenze della nazione ricostituita, si diede mano all'ardua impresa dell'unificazione legislativa.

Digitized by Google

70. Lavori preparatorii e pubblicazione del Codice civile.

Era appena terminata la guerra del 1859, e s'ignorava ancora di quali ulteriori avvenimenti sarebbe stata cagione, quando si cominciarono a Torino gli studi per la riforma del Codice Albertino; e nel tempo stesso il governo provvisorio dittatoriale dell'Emilia creava una Commissione con l'incarico di preparare i miglioramenti richiesti dai nuovi tempi nella legislazione civile, prendendo a base il Codice parmense, forse il migliore che si avesse in Italia.

Ritornato al potere il conte Cavour, l'opera riformativa venne continuata con vigore e furono chiamati a prendervi parte i giurisconsulti dell'Emilia e della Toscana, i quali, uniti ai Piemontesi e Lombardi, formarono una Commissione unica, che terminò sollecitamente i suoi lavori, e ne pubblicò il frutto nel maggio 1860, col titolo: — *Progetto di revisione del Codice Albertino.* Questo venne presentato ufficiosamente alla Camera elettiva il 19 giugno successivo, ed al Senato il 21. I due rami del Parlamento elessero ciascuno nel proprio seno una Giunta con l'incarico di sottoporlo ad esame e di riferirne.

Le due Commissioni si misero all'opera: venne chiesto il concorso dei lumi delle autorità giudiziarie del Regno, che si affrettarono a comunicare utilissime osservazioni — (luglio-decembre 1860).

Sciolto e riconvocato il Parlamento dopo l'unione delle provincie meridionali al Regno d'Italia, il ministro Cassinis chiese al Senato nella seduta del 21 febbraio 1861 e alla Camera elettiva, in quella del 15

Digitized by Google

marzo, di procedere alla nomina di una nuova Commissione. Assenti il Senato, non la Camera (febbraio-aprile 1861).

Il ministro preparò allora un nuovo progetto, il quale, preso a modello il Codice Napoleone, vi recava quelle sole modificazioni progressive che erano già attuate nei Codici Italiani: ma la morte di Cavour, portando nuove modificazioni ministeriali, impedì che il nuovo progetto fosse presentato al Parlamento (aprile-giugno 1861).

L'avv. Miglietti, succeduto all'avv. Cassinis, diede mano con intelligente sollecitudine al compimento dei lavori, e il 9 gennaio 1862 presentò un nuovo progetto al Senato. Ma, secondo il deplorabile sistema entrato in vigore fra noi, una delle solite crisi ministeriali cambiò nuovamente il Guardasigilli e portò al posto del Miglietti l'avv. Conforti, che nel giugno 1862 sottopose il progetto all'esame di una Commissione composta di magistrati componenti la Corte di Cassazione di Napoli, la quale prese ad esame il primo od il secondo libro, trasmettendo le sue osservazioni al Ministero.

All'avvocato Conforti successe, dopo pochi mesi, l'avvocato Pisanelli: questi si affrettò ad instituire cinque Commissioni, a Torino, a Milano, a Firenze, a Napoli ed a Palermo. La prima, quella di Torino, fu incaricata di esaminare la difficile materia della trascrizione, dei privilegi e delle ipoteche, sulla quale occorrevano le più urgenti e le più radicali misure. Le altre Commissioni dovevano studiare l'intero progetto; ma quella sola di Napoli condusse a termine il suo còmpito. Quella di Palermo ne esaminò i due primi libri, quella di Milano il solo primo, quella di Firenze, nessuno.

Digitized by Google

Il ministro Pisanelli, valendosi di questi e dei precedenti lavori, diede mano alla compilazione di un nuovo progetto, che presentò al Senato in due volte, accompagnandolo da apposite relazioni (15 luglio, 28 novembre 1863). Il Senato nominò una Commissione, la quale condusse a termine i suoi lavori nel luglio 1864. La relazione del progetto fu divisa in tre parti; dell'una (primo libro) fu autore il senatore Vigliani, dell'altra (secondo libro) il senatore Deforesta, e dell'ultima (terzo libro) il senatore Vacca.

Erano le cose a questo punto, nè si sa quando si sarebbe potuto avere un risultato definitivo, allorchè un fatto politico di somma importanza venne a levare le difficoltà che avevano attraversato la difficile impresa. La convenzione del 15 settembre 1864, portando la capitale a Firenze, parve a tutti che fornisse un'eccellente occasione per compiere finalmente l'unificazione legislativa. Il ministro Vacca, succeduto dopo una nuova crisi ministeriale al ministro Pisanelli, presentò quindi alla Camera elettiva (24 novembre 1864) un disegno di legge, col quale chiedeva che il Governo del Re fosse autorizzato a pubblicare ed a rendere esecutorie per decreti reali in tutto il Regno, nello stato in cui erano, avanti all'uno od all'altro ramo del Parlamento, dette leggi, fra le quali figuravano in primo luogo il Codice civile e il Codice di procedura civile, introducendovi quelle ulteriori modificazioni che fossero ravvisate indispensabili a coordinare queste leggi fra loro e con altre leggi dello Stato, e di fare con decreto reale le disposizioni transitorie e quelle altre che fossero necessarie per la completa attuazione delle leggi medesime.

La Camera elesse una Commissione, che ebbe a

Digitized by Google

relatore il Pisanelli, quello fra i nostri giurisconsulti che più attivamente cooperò ai lavori preparatorii e che può dirsi il principale autore del Codice.

Nella relazione (presentata nella seduta del 12 gennaio 1865) era dichiarato che la Commissione accettava in massima il progetto del Ministero, ristringendo però le sue facoltà a quelle modificazioni richieste dalla necessità di coordinare i Codici fra di loro, e, quanto al Codice civile, alle disposizioni concernenti i diritti successorii del coniuge, il testamento olografo, il contratto di enfiteusi e l'ipoteca legale.

Nella tornata del 22 febbraio 1865, dopo lunga discussione, approvava il progetto di legge che dava al Ministero le facoltà necessarie per procedere, colle norme tracciate e coi poteri concessi, all'unificazione legislativa. Il progetto, votato dalla Camera, venne presentato, nella seduta del 23 febbraio, al Senato, che elesse una Commissione, il cui relatore (G. De Foresta) nella seduta del 6 marzo, conchiudeva per l'approvazione pura e semplice del progetto. Approvato dal Senato nella seduta del 29 marzo, diveniva legge colla sanzione regia, colla promulgazione e colla pubblicazione, che ebbe luogo il 2 aprile successivo. Lo stesso giorno un decreto regio nominava una Commissione, incaricata di proporre le modificazioni necessarie per coordinare i Codici e le leggi, che il governo era autorizzato a pubblicare in conformità della legge di quel giorno: questa Commissione doveva essere divisa, per decreto ministeriale, in Commissioni speciali, secondo la materia; il che fu eseguito il 6 dello stesso mese.

Le Commissioni speciali si misero all'opera; e quella del Codice civile tenne 55 sedute, delle quali

Digitized by Google

furono redatti e pubblicati altrettanti elaborati processi verbali, e terminò il suo lavoro il 29 maggio 1865. Il ministro, adottando quasi tutte le proposte della Commissione, presentò al Re, con relazione del 25 giugno, il nuovo Codice; e con reale decreto del medesimo giorno si approvò e mandò a pubblicare il Codice civile colle disposizioni contenute nel titolo preliminare, ordinando che avrebbe esecuzione nel Regno il 1.° gennaio 1866 (Pisanelli, *Relazione del* 14 *gennaio* 1866 – Astengo ed altri, Vol. I, pag. 14 e seg.).

Tale è la storia dei lavori il cui risultato si fu di averci dato — per non parlare che del Codice civile – la miglior legislazione di diritto privato che si conosca in Europa: e se, come si avrà occasione di vedere, molte lacune e molte erronee disposizioni vi si lamentano ancora, è giusto però riconoscere che i principii da cui è informato sono conformi ai progressi più incontestati delle scienze sociali, e che, in ogni modo, si è ora agevolata la via a quelle migliori riforme che l'esperienza e gli avanzamenti civili renderanno desiderabili o necessarii.

E fra le prime riforme che occorrerà di fare vi è la riduzione di un terzo almeno del testo, togliendo le disposizioni inutili, o superflue, sia perchè troppo minute, e spettanti più alla scienza ed alla giurisprudenza che ad un Codice: sia perchè contengono definizioni e descrizioni senza carattere imperativo, o teorie puramente dottrinali, come il titolo relativo all'interpretazione dei contratti. Potrebbero poi eliminarsi moltissimi articoli, i quali non sono altro che applicazioni evidenti e necessarie di principii già esposti. La divisione stessa del Codice in tre libri è poco razionale e la disposizione delle materie non è sempre

Digitized by Google

regolare: così, per esempio, le teoriche circa il dolo, l'errore e la violenza sono collocate sotto il titolo delle obbligazioni, mentre il loro luogo naturale era il titolo preliminare, perchè riguardano necessariamente tutta la legislazione civile, commerciale e amministrativa. La materia della prescrizione è arbitrariamente estesa in tutto il Codice, invece di essere regolata da un titolo unico. Non parlo degli articoli mal compilati, nè delle contraddizioni in cui spesso si cade, delle ripetizioni inesplicabili della stessa disposizione (ho già citato le nullità relative all'ordine pubblico ed ai buoni costumi, che sono pronunciate in tesi generale dall'art. 12 del Titolo preliminare, e poi ripetute in tanti altri articoli del Codice): tacio della dispersione delle materie che dovrebbero essere unite, perchè regolate dagli stessi principii: tacio delle definizioni inesatte, della improprietà dei vocaboli spesso usati in due sensi distinti, più spesso adoperati per dir cosa diversa dal loro significato naturale; taccio finalmente di alcuni punti, nei quali, invece di progredire, si è retrocesso. Ma questi ed altri difetti, che nel corso di questi studi saranno esaminati e posti in luce, non diminuiscono i pregi sostanziali del nostro Codice, e solo lasciano vivo il desiderio che a tempi più maturi e quieti si proceda ad una nuova e più razionale riforma.

Digitized by Google

LEZIONE XI.

DELLA CITTADINANZA IN GENERALE

71. Il diritto civile romano e il diritto civile moderno.

Pare, a prima vista, che nulla sia più facile a dare di una nozione del diritto civile. E senza dubbio, così è, se lo si considera in sè stesso, fatta astrazione dalle mille definizioni che se ne hanno, e dalle contraddizioni a cui dà luogo la storia delle leggi civili. Ma se si comincia dal diritto romano per venire fino al nostro Codice, vediamo tosto quante eliminazioni bisogna fare prima di giungere ad un concetto preciso del diritto civile.

I giurisconsulti romani, come è noto, facevano una triplice distinzione; e avevano il diritto naturale, il diritto delle genti e il diritto civile. Secondo i precetti della filosofia stoica (della quale erano discepoli i giurisconsulti dell'età aurea del diritto romano), bisogna distinguere nell'uomo tre diverse qualità. La prima è quella che egli ha comune con gli

Digitized by Google

altri animali, e che è fondamento della legge naturale: *jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non umani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mare nascuntur: avium quoque commune est. Hinc descendit maris et foeminae conjunctio, quam nos matrimonium adpellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. – Videamus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritja censeri* (L. I, 3, ff. *de Just. et Jur.*).

La seconda qualità che si osserva nell'uomo è quella che lo distingue dagli altri animali e costituisce la natura umana, dalla quale nasce il diritto delle genti, comune a tutti gli uomini, da non confondersi col diritto internazionale, poichè l'*jus gentium* romano corrisponde a quello che nel linguaggio giuridico odierno noi chiameremmo diritto naturale: *jus gentium est quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere, facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se comune est* (L. I, 3 — L. 2 e 3, ff. *de Just. et Jur.*).

Osservando finalmente che ciascun popolo ha, oltre un Governo proprio, anche delle leggi, delle instituzioni e delle consuetudini che lo diversificano da ogni altro, i giurisconsulti romani trassero da questo terzo ordine di fatti la distinzione fra il diritto delle genti e il diritto civile; con che intesero appunto significare quell'insieme di leggi e d'usi che sono particolari a ciascun popolo: *jus civile est quod neque in totum a naturale vel gentium recedit, neque per omnia ei servit. Itaque, quum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, idest civile afficimus* (L. 6, ff. *de Just. et Jur.*) — *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium*

Digitized by Google

hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. (L. 9, ff. *eod*).

L'*jus civitatis* dei Romani non è adunque quello che noi ora chiamiamo diritto civile, perchè abbracciava tutto l'insieme delle instituzioni tanto pubbliche come private, tanto civili come penali. Il loro concetto si è andato sempre restringendo.

I giurisconsulti dei secoli decimo quinto e decimo sesto avevano già cominciato a limitarne il senso, opponendo il diritto civile al diritto canonico: nel secolo decimo settimo si applicò il nome di diritto civile al diritto privato, per distinguerlo dal diritto pubblico: ed ora il diritto civile ha subito una nuova restrizione, poichè si distingue dal diritto penale e, in molti punti, anche dal diritto commerciale; per cui si applica esclusivamente alla regola degli interessi particolari degli individui, e comprende le leggi che abbracciano lo stato delle persone, la costituzione delle famiglie, i contratti, le donazioni, le successioni, i vari modi di acquistare o di perdere la proprietà e simili. Sicchè l'antico *jus civitatis* non è ora più che un ramo del diritto generale dello Stato, e regola i diritti meramente civili.

Digitized by Google

72. Della distinzione adottata fra i diritti civili e i diritti politici

Nelle scuole come nei tribunali, nelle leggi come nei libri è quasi generalmente adottata la divisione dei diritti dell'uomo in naturali, civili e politici. — Ciò che s'intenda pei primi ce lo dice il Codice austriaco (art. 16) secondo il quale, ciascun uomo ha dei diritti naturali evidentemente riconosciuti dalla ragione, e deve perciò considerarsi come una persona, escludendo quindi la schiavitù e la servitù: e l'art. 17 completa il concetto, col disporre che ciò che concerne i diritti naturali deve considerarsi come sussistente, finchè non sia dimostrata la restrizione legale di questi diritti — Sono diritti civili quelli il cui godimento ed esercizio è guarentito a tutti coloro che, sieno cittadini o stranieri, si trovano nelle condizioni determinate dalle leggi — Finalmente i diritti politici, importando l'intervento diretto o indiretto di chi li possiede nell'amministrazione della cosa pubblica, sono esclusivamente riconosciuti a quelli che o sono nati o sono divenuti per naturalità cittadini di uno Stato.

Si scorge subito la differenza che v'è fra la triplice divisione del diritto adottata dai romani e quella che è entrata nella maggior parte delle legislazioni moderne. E non è senza sorpresa che si vedono le contraddizioni in cui esse caddero. Così mentre ci si dice che il diritto civile è quello della città, quello che regola i rapporti privati dei cittadini, si vede che in realtà è il solo a cui partecipa anche lo straniero; mentre il diritto politico, da cui lo straniero è escluso, è ora quello che può dirsi proprio civile, nel vero senso della parola.

Digitized by Google

Il carattere particolare dei diritti politici si risolve in sostanza nell'esercizio degli uffici di elettore e di giurato, nell'eleggibilità, nell'ammissione ai pubblici impieghi, civili e militari.

Per giudicare il valore della distinzione che si fa tra diritto privato e politico, occorre esaminare i caratteri speciali, e vedere se siano talmente distinti e diversi da potersi notare con precisione la linea che li separa. Ora, ciò non è. Prendiamo quelli fra i diritti che si collegano più strettamente colle forme politiche del Governo; il diritto di associarsi, di riunirsi, di stampare, di eleggere, e simili.

Cos'è l'associazione? È il concorso di molti ad uno scopo comune; ora, come potrà negarsi ad un individuo, sia cittadino o straniero, il diritto di associarsi con altri? E gli articoli 1697 e seguenti del Codice civile, 106 e seguenti del Codice commerciale non costituiscono essi un diritto comune per tutti? E se il diritto di associarsi è ammesso, non ne deriva necessariamente quello di riunirsi? Si osserva, è vero, che se è cosa lecita a tutti l'associarsi e il riunirsi per progetti civili e commerciali, questa facoltà non si estende alle associazioni o riunioni che hanno fini politici. Ma cos'è la politica? Gl'Inglesi ce ne hanno data la miglior definizione; è il complesso degli affari pubblici. Ora, ci dicono gl'Inglesi, che gli affari pubblici della nazione sono gli affari particolari di ciascun cittadino. Per cui, chiunque, cittadino o straniero domiciliato nel Regno, ha interessi dipendenti dall'indirizzo della cosa pubblica, ha altresì il diritto di adoperarsi con mezzi legali, per mantenere o ricondurre i mandatarii del pubblico nel retto sentiero. L'esercizio d'un tale diritto tende adunque a tutelare interessi strettamente privati.

Digitized by Google

Prendiamo la libertà di stampa: essa è considerata come una libertà politica per eccellenza. Ebbene, se si esamina la sua essenza, i suoi modi d'azione si vede tosto che è una libertà di diritto comune. I contratti e le obbligazioni fra editori e scrittori, fra venditori di carta e di caratteri, fra proprietari di tipografie e compositori, fra amministrazione dei giornali o libri e i compratori non sono essi regolati dal Codice civile o dal commerciale? Dov'entra allora l'elemento politico? — Negli scritti pubblicati. — Ma anche qui regna il diritto comune: se si viola qualche legge, o il diritto altrui, v'è la sanzione penale, pronunciata dalle autorità giudiziarie dello Stato, come d'ogni altra violazione delle leggi positive ordinarie.

Quello però fra i diritti a cui si dà più particolarmente il carattere di politico è il diritto elettorale. Ma qui si applica ciò che fu detto più sopra del diritto di associazione e di riunione. Si obbietta che lo straniero non ha, come il cittadino, tanto interesse al buon andamento della pubblica amministrazione. Ma ciò è assurdo. Lo straniero che ha dei beni nel mio Comune è forse esonerato dalle imposte che colpiscono gli altri abitanti? No, certo. Se dunque è obbligato a subire le misure di chi siede all'indirizzo del Comune e del Governo, perchè gli negherete il diritto di concorrere anch'esso nella scelta di coloro che avranno facoltà di farlo pagare? È una puerilità il temere che per ciò solo che è straniero, egli possa votar male per far danno al paese di cui non è cittadino: il suo interesse è la miglior guarentigia che darà il suo voto ad uomini esperti ed onesti. Gli stessi argomenti valgono per la quistione dell'eleggibilità, per l'esercizio delle funzioni di giurato, e simili.

Digitized by Google

Il più gran popolo dell'antichità ed il più grande dei popoli moderni non hanno conosciuto queste sofistiche distinzioni fra diritto pubblico e diritto privato, diritti politici e diritti civili. Sin dai primi tempi della fondazione di Roma, l'*jus civitatis* era accordato con tutti i suoi effetti non solo agli stranieri, ma anche ai nemici vinti, purchè trasferissero il loro domicilio a Roma o nell'agro romano. Ebbe luogo in seguito una reazione; ma a poco a poco fu esteso con tanta facilità che, quando l'Impero già confondevasi nel mondo, l'imperatore Antonino nella sua costituzione riportata nella legge 17, (ff. *de stat. homin.*) dichiarò cittadini tutti quegli ingenui che si trovavano nel territorio romano. Giustiniano abolì in termini formali ogni differenza fra dominio Bonitario e Quiritario, ch'egli chiamava *antiquae subtilitatis ludibrium* (*C. Fr. de nudo jure quir. toll.*). Il Vangelo trionfava sul Portico. Furono tolte di mezzo le vecchie distinzioni di *Latini iuniani e deditizi*, e perfino quelle di cittadino e d'incola: e venne sancito che ad acquistare la condizione di cittadino bastava eleggere per suo domicilio una terra qualunque soggetta all'Impero romano, raccogliendovi la somma del suo patrimonio. E lo straniero divenuto cittadino, mediante l'adempimento delle suddette condizioni, godeva non solo di quelli che ora si chiamano diritti civili, — come sarebbero diritto di connubio, dominio legittimo, fazione di testamento, accesso al foro, dimora in Roma, e simili — ma altresì dei diritti politici, vale a dire, ammissibilità agli onori, alle dignità, alle magistrature, ai sacerdozi, al diritto di suffragio per l'elezione dei magistrati, per la formazione della legge e per decretare che la guerra venisse intimata.

Digitized by Google

Sicchè, coloro a cui la disposizione sancita con l'art. 3 del Codice pareva atto di un'arditezza pericolosa, non hanno riflettuto che, in sostanza, non era che una timidissima e incompleta applicazione del diritto romano.

Se dal grande impero di Roma veniamo alla grande repubblica americana vi ritroviamo la sanzione degli stessi principii sulla condizione giuridica degli stranieri. Dopo due anni di domicilio sono elettori: dopo sette anni sono eleggibili alla camera dei rappresentanti (sez. II, art. 2), dopo nove anni, sono eleggibili al Senato (sez. III, 3). E non occorre aggiungere che, cittadini o stranieri, tutti godono in modo eguale della protezione della legge. Sotto questo aspetto, la Costituzione degli Stati-Uniti è la più liberale che si conosca nel mondo civile.

Io credo che col progredire delle nostre instituzioni andrà gradatamente abolendosi la distinzione fra diritti civili e diritti politici, distinzione che ha il suo fondamento, non nella natura delle cose, ma nell'arbitrio del legislatore, e grazie alla quale i secondi spesso servono di freno o di ostacolo agli altri, più spesso si urtano, invece di essere, come dovrebbero, uniti in naturale solidarietà.

La sola distinzione vera e razionale è quella che esiste fra il diritto pubblico e il diritto privato, quando s'intenda per diritto pubblico ciò che esso veramente è, vale a dire, quella parte della legislazione che si riferisce alla costituzione ed all'amministrazione dello Stato: *pubblicum jus est*, dice il Digesto, *quod ad statum rei romanae spectat* (L. I, Tit. I, 2). Invero, i Romani non tracciarono mai una linea di separazione molto precisa fra il diritto pubblico ed il privato

Digitized by Google

nè lo potevano. E si potrà ancora meno per l'avvenire, poichè il progresso delle libere instituzioni ha per risultato di radicare sempre più negli animi il principio che il governo non è altro se non il mandatario dei cittadini, che l'amministrazione della cosa pubblica è un affare d'interesse comune, che le leggi ordinatrici del diritto pubblico non sono altro se non la guarentigia e la tutela di quelle che compongono il diritto privato. Fra le une e le altre v'è dunque, come già dissi più innanzi, perfetto accordo, perchè tendono al medesimo fine, che è l'inviolabilità della persona e dei beni del cittadino.

73. Del godimento e dell'esercizio dei diritti civili.

— Ogni cittadino, dice l'art. 1.° del nostro Codice, gode dei diritti civili, purchè non ne sia decaduto per condanna penale. — Così è nettamente affermato il principio: 1.° che il godimento dei diritti civili non è un favore accordato agli uni e negato agli altri, ma una qualità inerente alla persona del cittadino: 2.° che se ne presume il possesso fino a prova contraria: 3.° e che non si ammette altra prova contraria all'infuori di una condanna penale.

Rimangono in tal guisa troncate tutte le distinzioni che nascevano dai Codici passati, le varie cagioni di perdita dei diritti civili, fra le quali l'emissione di voti monastici; hanno parimente termine le controversie vigenti in alcuni Stati sull'applicazione da farsi dei principii del diritto antico ad alcuni casi, come la diversità di religione e simili. Quindi cessano le distinzioni per maggiore o minore *diminutio capitis*, che vi-

Digitized by Google

gevano ancora, se non nella forma, certo nella sostanza: la dottrina dell'uguaglianza civile è divenuta una verità giuridica.

Che nessuno possa perdere la qualità di cittadino senza sua colpa, o senza sua volontà, era un principio di giure romano sancito da molte disposizioni positive. Cicerone ce lo attesta a più riprese, e specialmente nel discorso *pro domo sua: — hoc juris*, così egli, *a majoribus proditum est ut nemo cívis Romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere, nisi ipse auctor factus sit* (XXIX). Eineccio copia quasi esattamente un brano di questo stesso periodo di Cicerone, quando scrive che *antiquissimum hoc erat juris romani principium, neminem posse invitum jura civitatis amittere* (*Ant. rom.* I, XVI, 10).

Ma il nostro Codice è andato più in là: ha fatto una distinzione profonda fra la perdita della *cittadinanza* e la perdita dei *diritti civili*. Un Italiano può perdere la cittadinanza, per rinuncia o per altra causa; ma serba tuttavia, anche nel nostro Stato, il pieno godimento dei diritti civili. L'art. 3, parificando gli stranieri ai cittadini, non fa distinzione fra gli stranieri d'origine e i cittadini divenuti stranieri per elezione: gli uni come gli altri sono ammessi al godimento dei diritti civili.

Le disposizioni del primo articolo producono quindi i seguenti effetti: 1.° che ogni individuo che si trova nel Regno gode ed esercita i diritti civili; 2.° che coll'attuazione del Codice i religiosi d'ambo i sessi, i quali secondo le leggi civili o canoniche, fossero considerati come morti al secolo, rientrarono nel pieno possesso della qualità di cittadini: 3.° che la sola distinzione ammessa dalla legge è quella che esiste, per

Digitized by Google

necessità di cose, fra il godimento propriamente detto e l'esercizio dei diritti civili.

Ciò che importa quest' ultima distinzione è facile capirlo. Il godimento è l'investitura, l'attribuzione, il possesso naturale e personale che si ha dei diritti: l'esercizio è la pratica, l'attivazione individuale dei diritti medesimi. – I minori, le donne maritate, gli interdetti, gli inabilitati sono cittadini, hanno bensì la capacità naturale pel godimento dei diritti civili, ma non la capacità civile, o l'hanno solamente in alcuni casi: e sono rappresentati dal tutore, dal curatore o dal marito, a cui è affidato l'esercizio dei diritti loro. Così il minore e l'interdetto possono essere eredi; ecco il godimento dei diritti; ma non possono accettare l'eredità senza il consenso del padre, del tutore o del curatore (art. 226 ecc.): ecco l'esercizio del diritto delegato dalla legge ad un rappresentante dell'incapace. Demolombe però fa giustamente notare (I, 140) che questa distinzione non è sempre applicabile, poichè per molti diritti civili il godimento è assolutamente inseparabile dall'esercizio; così, il testamento, il matrimonio sono diritti essenzialmente personali, nè si possono esercitare per delegazione.

Si può essere adunque cittadini, e non esercitarne i diritti civili (minori interdetti, donne maritate): si può non essere cittadini, e non solo godere, ma altresì esercitare i diritti, come appunto accade dello straniero maggiorenne e capace.

Ma pel godimento come per l'esercizio dei diritti, si tratti di cittadini o di stranieri, è mestieri essere persona. Fu detto già innanzi ciò che s'intende per persona, e venne notata la distinzione tra persone fisiche e persone morali. Resta ora da vedere somma-

Digitized by Google

riamente: 1.° quali sono le diverse modificazioni che l'età, il sesso e la salute apportano all'esercizio dei diritti; 2.° quale sia l'indole giuridica delle persone morali.

75. Influenza dell'età, del sesso e della salute sull'esercizio dei diritti civili.

Età — È già stata a più riprese accennata l'influenza che l'età esercita naturalmente sulla condizione civile della persona.

Onde riassumere e completare le cose dette, giova anzitutto osservare che, sebbene il nostro Codice non abbia mantenuto tutte le distinzioni vigenti sotto il diritto romano fra infante, impubere, pubere, minore o maggiore, tuttavia sarebbe un errore il credere che si è limitato ad una distinzione pura e semplice fra minori e maggiori.

Anzitutto è conservato nella nostra legislazione il principio secondo il quale *nasciturus pro nato habetur quando de ejus comodo agitur* (*fr.* 7, 26. *D. de stat. hom.* I, 5: *f.* 7 *pr. de reb. dub.* 34, 5. — arg. dagli articoli 724 — 764) È provveduto, mediante la nomina di un curatore, alla tutela delle ragioni del nascituro (*ff. D. de tut. et cur.* 26, 5: C. c. art. 236) — Però la capacità ai diritti non si acquista, come in diritto romano, se non dai nati vivi e vitali (art. 1083, 724 al. 2) — Il feto di sei mesi può essere vitale (art. 160).

La volontà del minore non è senza efficacia negli atti che lo concernono, quando è sotto tutela: così all'età di dieci anni dev'essere sentito sul luogo in cui egli debba essere allevato (art. 278): all'età di sedici anni ha diritto di assistere, però senza voto

Digitized by Google

deliberativo, al consiglio di famiglia (art. 251): a diciotto anni può contrarre matrimonio, se maschio, e a soli qundici, se femmina (art. 55); a diciotto anni compiuti può far testamento e donare (art. 763, 1052, 1386); alla stessa età può essere emancipato; dalla patria potestà o dalla tutela passa nella cura, in cui rimane fino a vent'un anno. I minori non possono da sè soli obbligarsi per contratto, ma obbligano chi contratta con loro (art. 1107): sono pareggiati ai maggiori per le obbligazioni nascenti da delitto e da quasi delitto (1306): ec.

Ma se il minore ha una certa iniziativa e capacità propria, che va crescendo cogli anni, dai dieci ai vent'un anno, è d'uopo aggiungere che, divenuto maggiore, non acquista una capacità intiera: e fino a venticinque anni il maschio non può contrarre matrimonio senza il consenso dei genitori (art. 63).

L'età ha pure la sua influenza in certe condizioni: così a 65 anni si è esonerati da certi uffici, come la tutela (art. 273), dall'arresto personale (art. 2097 e C. di Comm. 732).

Sesso — Quanto al sesso, il nostro Codice ha serbato una soverchia devozione ai principii del diritto romano. Il matrimonio reca alla donna una restrizione gravissima di diritti civili: essa non può donare, alienare beni immobili, ipotecarli, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, transigere, stare in giudizio senza l'autorizzazione maritale (art. 134, 1743): non esercita la patria potestà che quando non può esercitarla il marito (220): non può essere tutrice, se non in certi casi determinati (art. 268 330): non può far da testimonio nei testamenti (art. 788). È poi totalmente e radicalmente esclusa dall'esercizio dei diritti politici.

Digitized by Google

Stato della mente — Anche lo stato della mente modifica la capacità della persona: l'idiota e il demente, quando la loro infermità morale è assai grave, possono essere assoggettati a tutela mediante l'interdizione (art. 324, 329), o a cura, ove non si tratti che di lieve sconcerto intellettuale (art. 339) — Quanto ai sordomuti, ai ciechi nati, la loro capacità giuridica è limitata, essendo considerati come inabili di diritto, finchè il tribunale non li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie (art. 340). Il loro stato produce altresì qualche differenza nel procedere agli atti della vita civile (art. 786, 787) — Reg. nello stato civile (art. 76).

A queste varie modificazioni di capacità se ne possono aggiungere due altre; – una fisica, l'impotenza manifesta e perpetua, che può valere come causa di nullità del contratto matrimoniale (art. 107), e per ricusare di riconoscere un figlio (art. 164): — e l'altra morale, cioè, la cattiva fama, che esclude dalla tutela (art. 268) e dalla facoltà di adottare (art. 215).

76. I diritti civili delle persone morali.

Un assioma oggimai inconcusso delle scienze sociali è la necessità per gli uomini di associarsi, onde chiedere all'unione delle forze quei fecondi risultati che sono impossibili ad ottenersi dagli sforzi di un solo. Era quindi da prevedersi che, nel riordinamento delle nostre instituzioni civili e commerciali, il legislatore avrebbe avuto soprattutto cura di agevolare la formazione delle persone morali che derivano dal contratto di società. Sgraziatamente, se v'è parte oscura, male ordinata, è precisamente quella che concerne la loro esistenza e i loro diritti.

Digitized by Google

Secondo l'art. 2, i comuni, le provincie, gli istituti politici, civili ed ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. Non è chi non iscorga a prima vista l'insufficienza, a dir poco, delle nozioni che ci dà questo articolo sul pensiero del legislatore. Se consultiamo poi le relazioni ministeriali e parlamentari che ne hanno preceduta la compilazione, si vede tosto quanta incertezza d'idee abbia regnato, in quante contraddizioni si sia caduti, e a quali inevitabili controversie si sia aperta la via.

Le questioni principali a cui dà luogo l'art. 2, e di cui importa cercare la soluzione, sono le seguenti:

Qual è il senso, quale il valore giuridico delle parole *legalmente riconosciuti?*

Le società civili e commerciali sono esse persone morali, distinte dai membri che le compongono, e come tali, investite del diritto di obbligarsi e d'obbligare?

Se dall'attenta lettura delle relazioni e delle discussioni relative all'art. 2 si può cavare una conclusione qualsiasi, parrebbe questa; che il carattere di ente morale e quindi il godimento e l'esercizio dei diritti civili non sono attribuiti se non a quelle associazioni a cui lo Stato riconosce una personalità giuridica. Ma quali sono quelle che possiedono i requisiti necessarii? L'art. 2 tace. Apro la relazione senatoria e vi leggo: « con questa generica espressione — *corpi morali legalmente riconosciuti* — si scansò di definire l'autorità da cui debba emanare l'autorizzazione o la ricognizione, e la loro forma, lasciando l'una cosa e l'altra nel dominio delle leggi speciali e degli usi che possono variare secondo le varietà della circostanza e delle qualità

Digitized by Google

dei corpi morali » — Così è dichiarato esplicitamente che il legislatore ha cercato di evitare la chiarezza e la precisione, mancando di proposito deliberato al proprio dovere.

Abbiamo dunque aperto il campo alle interpretazioni della legge; e possiamo liberamente cercare se una società civile costituisca una persona distinta da soci, con godimento di diritti civili. Non parlo delle società commerciali, perchè l'art. 107 del Codice di commercio dichiara in termini precisi che esse « costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi, separati, e distinti dalle persone dei soci ».

Ma è da notare un punto gravissimo; vi sono bensì alcune specie di società commerciali che non hanno esistenza legale senza l'autorizzazione governativa, come le società anonime e le accomanditarie per azioni: (nel che siamo perfino indietro della Francia, ove si possono costituire liberamente): ma l'art. 156 si restringe esclusivamente a queste due specie di società; mentre l'art. 107 le abbraccia tutte, e riconosce in tutte una persona distinta da quella dei soci. Possono dunque, secondo il Codice di commercio, sorgere degli enti collettivi senza l'autorizzazione governativa.

La quistione si ristringe per conseguenza alle società civili, le quali — secondo la lettera dell'art. 2 — non possono avere personalità giuridica, se non sono legalmente riconosciute. Ma da chi? E in qual forma?

Il Codice tace. Esamino il titolo X del terzo libro e vi trovo che, nella lettera come nello spirito delle disposizioni con cui si regola il contratto di società, tutto concorre a farmi vedere in esse delle persone morali, distinte dalla persona dei soci. Si leggano gli articoli 1709, 1710, 1713, 1715, 1716, 1723, 1724, 1731:

Digitized by Google

e si vedrà che si considera sempre la persona civile della società come distinta e diversa dalle persone dei soci: i diritti e i doveri della società possono trovarsi in conflitto con quelli di taluno dei componenti. In faccia poi ai terzi la personalità giuridica delle società è una condizione normale, fonte di obbligazioni valide e legali.

Si può dunque affermare che se l'art. 2 ha voluto negare carattere di persona morale alle società civili, costituite senza autorizzazione governativa, è apertamente contraddetto da tutto il titolo X del terzo libro del Codice. Bisogna per conseguenza — o scegliere fra l'elasticità e l'oscurità dell'art. 2 e la lettera e lo spirito del titolo relativo al contratto di società, — o conciliare le espressioni *enti morali legalmente riconosciuti* coi principii generali di diritto, formolati dalla sapienza romana, ripetuti con inalterabile costanza da tutti i commentatori, accettati dal Codice Napoleone e da quelli che lo hanno preso a modello, compreso il nostro, sanciti dalla giurisprudenza italiana e straniera, e insegnati da tutti i giuristi degni di questo nome.

Che il diritto romano non abbia mai cessato di vedere nella società civile un corpo morale, ce lo provano numerosissimi testi, che sarebbe troppo lungo riferire: mi limiterò a ricordare i principali; e sono: Florentino, *L.* 22, *ff. de fide jus.* — Ulpiano, *L.* 5, *ff. pro soc. L.* 3, 4, *ff.* de *bon. poss.* — Paolo, *L.* 65, 14, *ff. pro soc.* — Pomponio, *L.* 59, *ff. pro soc.* — Gajo, *L.* 1 *ff. Quod cujusc. univ.*

Se poi interroghiamo gli interpreti del diritto romano, li troviamo tutti concordi nel vedere essi pure in una società civile un ente morale distinto dai soci: tale è l'opinione di Cujaccio, (*Recit. solen.* sulla L. 3, *ff. de bon. poss.*) di Fabro, (*Rel. ad Pand.* sulla L. 65, 14

Digitized by Google

ff. pro soc. e sulla L. 82, *od. tit.*) di Baldo, (Cod. *pro soc.* e sulla L. 2. *C. de comp.*) e d'altri molti.

Quanto poi agli scrittori che hanno commentato il Codice Napoleone, essi sono tutti, ad eccezione di Toullier, fedeli alla tradizione del diritto romano: citerò fra i tanti: Troplong, 58 e seg. — Proudhon, *Usufruit*, 2064: — Duranton, T. 17, n. 334 e 388: — Delangle, 14 e seg. — Duvergier, 381 e seg. — Championnière e Rigaud, *Traité des droits d'enreg.* T. 3, n.° 2743 — Dalloz, *Societè*, 182 — e molti altri di cui ometto il nome per non prolungarne la già lunga lista.

La giurisprudenza francese è costante e concorde in questo senso: e la dottrina formolata dalla Cassazione di Parigi nella sentenza dell' 8 nov. 1836 è poi stata sempre applicata dalla corte stessa, dalle corti e dai tribunali francesi. Quanto alla giurisprudenza italiana, trovo energicamente e luminosamente espressa la sua dottrina in una bella sentenza della Cassazione di Torino del 17 gennaio 1867 (è da notarsi la data); e giova riportar le parole testuali:

« La regola, ond'è costante che la società è un ente morale e collettivo, indivisibile, è solo soggetta ad eccezione, quando si tratti di associazioni in partecipazione: *qualunque altra società*, sia CIVILE o commerciale, costituisce una PERSONA FITTIZIA, ha sede dove ha il suo principale stabilimento, ha volontà propria, ha beni e azioni, e può anche essere creditrice e debitrice dei soci stessi che la compongono ».

È impossibile formolare con maggior precisione, maggior chiarezza e maggior verità le sane dottrine del diritto sull'indole delle società, siano civili o commerciali: qui non si parla menomamente di autorizzazioni governative.

Digitized by Google

Ma, allora, qual è il senso che deve darsi alle espressioni — *legalmente riconosciuti*? E come conciliarle con le disposizioni di diritto comune, sancite dal titolo delle società? A me pare che è agevole cosa, solo che si voglia rinunciare all'iniquo e pericoloso sofisma, secondo il quale lo Stato crea e distrugge le persone morali, se ne appropria i beni o ne dispone nel modo che crede, sofisma solamente concepibile sotto il governo del diritto divino.

La legge, con gli articoli 1697 e seg. determina le condizioni che bisogna adempire, perchè il contratto di società sia valido e produca i suoi effetti: quando adunque una società si è conformata alle disposizioni degli articoli suddetti, essa è *legalmente costituita*, e dev'essere *legalmente riconosciuta*. Ma riconosciuta da chi? Da tutti, e in primo luogo dai tribunali, che devono guarentire l'adempimento delle obbligazioni dei soci verso i terzi, dei soci fra loro, e dei terzi verso la società. La società forma un corpo morale, distinto dai soci presi individualmente, e, come dice egregiamente la Corte Suprema di Torino, « ha volontà propria, beni, azioni, e può essere creditrice e debitrice dei soci stessi che la compongono ». La legge non interviene che una volta sola, quando traccia (come fa il titolo X del terzo libro) le condizioni interne ed esterne la cui riunione è richiesta per la costituzione di un ente morale. Adempiute queste, l'ente morale ha il godimento dei diritti civili, come ogni altra persona, secondo il disposto dell'art. 2. Questa è, dirò con Troplong, la regola fondamentale in materia di società (58).

La sola conseguenza speciale che si può trarre dall'art. 2 è di fare una distinzione fra i corpi morali

Digitized by Google

ordinarii privati, come sono le società civili e commerciali, e i corpi morali pubblici, come sono i Comuni, le Provincie: in questi soli è necessario, perchè abbiano esistenza pubblica e legale, il concorso dell'autorità. Ma non bisogna esagerare gli effetti di simile distinzione. Così il principio che i Comuni debbono la loro esistenza legale al riconoscimento della legge, per quelli soltanto è ammissibile alla cui nascita la legge ha realmente assistito. Ma gli altri bisogna considerarli come esistenti di pien diritto, precisamente come lo Stato. Chi oserebbe sostenere, per esempio, che i Comuni di Firenze, di Milano, di Venezia e di Napoli devono la loro qualità di corpi morali alla legge, e che questa, dopo averli creati o riconosciuti, può distruggerli? Si possono dire simili puerilità, per amore di sottigliezze scolastiche; ma la verità vera è e sarà sempre che i Comuni devono, in tesi generale, la loro esistenza a sè stessi, che la legge li ha trovati e riconosciuti quali sono. Chi non sa, infatti, che la maggior parte dei Comuni italiani hanno assistito al cadere ed al nascere di molti e molti Stati, mentre essi rimasero saldi e viventi, attraverso le più diverse e tempestose vicende? E chi ardirà affermare che lo Stato italiano, nato ieri, dà esistenza e personalità giuridica a chi esisteva venti secoli prima di lui? — Si esca dunque dalle finzioni, e si entri nella realtà: si dica, con maggior rispetto ai fatti, che lo Stato e i Comuni esistono di pien diritto, salvo, per questi ultimi, quelle modificazioni che la legge può recare alla loro circoscrizione ed alle loro attribuzioni, se vecchi, e salvo il riconoscimento che essa ne fa, se si tratta di Comuni nuovi.

Riassumo: — Tutte le società, conformi alle leggi

Digitized by Google

civili e commerciali, sono corpi morali; e come tali hanno il godimento dei diritti civili. La legge non interviene in modo diretto se non quando si tratta di corpi morali pubblici, e come tali regolati dal diritto pubblico.

Il Codice tocca a più riprese della condizione giuridica dei corpi morali. Distingue i beni delle Provincie e dei Comuni in beni d'uso pubblico e patrimoniali, e accenna alle leggi speciali che li governano (art. 432): riconosce a tutti i corpi morali il diritto di acquistare e di possedere, conformemente alle leggi dello Stato (art. 433): assoggetta i beni degli instituti ecclesiastici alle leggi civili, e ne vieta l'alienazione senza il permesso del Governo: dichiara che senza questo permesso i corpi morali non possono accettare eredità (art. 932), nè donazioni (art. 1060): sottopone inoltre le eredità all'obbligo dell'inventario (art. 932): limita a 30 anni la durata dell'usufrutto che si può lasciare ai corpi morali (art. 518): li dichiara soggetti (compreso lo Stato) alla prescrizione come i privati (art. 2114). Lo Stato, pe' suoi beni patrimoniali, è considerato come un corpo morale (art. 426, 428): non può alienarli che per legge (art. 430): esso acquista le successioni vacanti (art. 721, 750).

Digitized by Google

LEZIONE XII

DELLA CITTADINANZA E DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI

77. Degli elementi da cui si desume la cittadinanza.

La maggior parte delle legislazioni europee, nel regolare le condizioni d'acquisto, di possesso e di perdita della cittadinanza, contengono disposizioni oscure, spesso contraddittorie: lo spirito che le domina è una gelosa diffidenza tanto nel riconoscerne il godimento come nel consentirne la renuncia. Si direbbe che la qualità di cittadino porta seco una tale abbondanza di vantaggi per chi ne è investito, che non si procede mai con abbastanza cautela nell' impedirne la soverchia concessione; quando poi a presumere che vi si voglia rinunciare, è una tale enormità che non si ammette senza le prove le più esplicite e le più positive.

Eppure, se la cittadinanza è fonte di vantaggi evidenti reca altresì carichi non pochi; basta citare diverse imposte personali, e l'obbligo della coscrizione.

Per cui, una savia legislazione deve evitare con

Digitized by Google

cura eguale di sollevare troppo alto le barriere tanto per l'acquisto della cittadinanza, quanto per la rinuncia. Il principio che deve signoreggiare la materia è quello della libertà individuale; e la legge non deve regolare se non i fatti che si compiono nello Stato ogni qual volta non vi sia dichiarazione esplicita della volontà della persona.

Tali appunto sono le norme direttive sancite dal nostro Codice. Esso è largo nel concedere la cittadinanza, e quindi una patria, a coloro che si trovano in certe date condizioni: ma è salva sempre la facoltà di rinunciarvi. E non impone in modo imperativo la qualità di cittadino se non in alcuni casi specialmente determinati. Il suo principale effetto è di regolare lo stato e la capacità della persona.

Quattro sono gli elementi da cui deriva la cittadinanza: il luogo di nascita (*jure loci*): l'origine (*jure sanguinis*): il matrimonio (*jure nuptiarum*): la naturalità.

Cittadini per diritto d'origine e per diritto di nascita. — L'art. 4 del Codice unisce in un solo i due elementi dell'origine e del luogo di nascita. « È cittadino il figlio di padre cittadino »: per cui è e rimane tale, sia egli nato nel Regno o fuori. Qui però non si parla in qualche modo che del figlio legittimo: ma il figlio naturale? A ciò provvede l'art. 7.

Se non si conosce alcuno dei genitori, è cittadino il figlio nato nel Regno: per cui tutti gli esposti o trovatelli, anche recati dall'estero, sono cittadini. Se il padre è ignoto — ed è sempre *legalmente* ignoto, anche quando sia noto *di fatto* — ma sia nota la madre, il figlio segue la condizione materna; e se la madre sia cittadina, essa imprime la cittadinanza anche al figlio. *Vulgo*

Digitized by Google

quaesiti matrem sequuntur, è una massima antica di diritto, ammessa in tutti i Codici. E nel diritto romano (*L.* 19, 23, 24, *de Stat. hom.* — *L.* 3, *cod. de munic. et orig.*) la vediamo espressamente formolata: *lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legittimo matrimonio matrem sequatur*. In caso di riconoscimento, l'articolo 183 ci dice che il figlio naturale che ne è l'oggetto assume il nome di famiglia del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre, se è stato riconosciuto da ambidue i genitori. Ne viene quindi di conseguenza che ne segue altresì la nazionalità.

Quando concorrono i dué elementi del luogo di nascita e della condizione dei genitori, è agevole dedurne le conseguenze giuridiche per la qualità di cittadino. Ma può avvenire 1.° che un figlio nasca nel regno da padre che abbia perduta la cittadinanza e sia quindi divenuto straniero: 2.° che il figlio nasca invece in paese estero, da padre divenuto egualmente straniero.

Nel primo caso, l'art. 5 dispone che il figlio è riputato cittadino, quando anche fosse stato concepito molto tempo dopo che il padre avea già perduta la cittadinanza. Nel secondo caso invece è riputato straniero. La presunzione della legge per determinare la cittadinanza *a priori* del figlio in questi due casi si fonda sul luogo di nascita: cittadino, se nato in Italia, straniero, se nato all'estero.

Ma questa presunzione è essa decisiva e irrevocabile? No: il figlio nato nello Stato da padre che ha cessato d'essere cittadino può rinunciare alla cittadinanza italiana, eleggendo la qualità di straniero, sotto due condizioni: 1.° che faccia la sua scelta entro l'anno dell'età maggiore; 2.° che ne faccia la dichiarazione

Digitized by Google

davanti all'uffiziale civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, dinanzi ai regi agenti diplomatici e consolari (art. 5).

Se invece sia nato all'estero, si presume bensì, nel suo silenzio, che egli segua la condizione del padre, divenuto straniero, ma gli è accordata la facoltà di eleggere la qualità di cittadino, purchè 1.° ne faccia l'opportuna dichiarazione; 2.°fissi nel regno il suo domicilio entro l'anno della sua dichiarazione (art. 6).

A dir vero, l'obbligo imposto dall'ultimo inciso è poco in armonia collo spirito liberale del Codice; se un cittadino può trasferirsi all'estero, stabilirvi il suo domicilio senza cessar d'essere tale, perchè si priverà di questa facoltà il figlio di padre non cittadino, che però abbia dichiarato di voler appartenere alla famiglia italiana? — Si vuole una prova della seria intenzione del dichiarante di voler usare della qualità di cittadino. — Quest'argomento è puerile: il nuovo cittadino può essere di cuore e di sensi italiani, ma avere interessi e posizione che lo costringano ad abitare all'estero. Dovrà quindi esitare fra i suoi sentimenti di cittadino e la sua posizione? Non vedo la necessità nè la giustizia di questo dilemma. E non occorre aggiungere che facilmente si può eludere il disposto dell'art. 6, poichè il fare inscrivere il proprio domicilio civile nei registri di un Comune italiano non importa menomamente l'obbligo della residenza.

Onde rendere più facile al figlio nato in paese estero da padre che ha perduta la cittadinanza, l'art. 6 (ult. alin.) dispone che, se egli ha accettato un impiego pubblico nel Regno, oppure ha servito o serve nell'armata nazionale di terra o di mare, od ha altrimenti soddisfatto alla leva militare (con un cambio,

Digitized by Google

facendosi surrogare) senza invocare esenzione per la qualità di straniero, è senz'altro riputato cittadino. Un tal fatto, dice opportunamente il Pisanelli nella sua relazione, equivale alla dichiarazione di voler essere cittadino. Chi entra nella milizia e non reclama esenzione di sorta, non può esservi indotto che dalla coscienza di essere cittadino, giacchè ne adempie uno dei più gravosi doveri. È ugualmente riputato cittadino se, rispondendo alla chiamata della leva, sia stato riformato per difetti fisici o esentato per giusti motivi.

Le disposizioni sopra riferite si applicano al figlio naturale, la cui madre abbia perduta la cittadinanza prima che egli fosse nato (art. 1, 6, 7).

La legge reputa inoltre cittadino il figlio nato nel Regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti. Ma il domicilio deve essere effettivo, tale che riveli l'intenzione di dimorare definitivamente nello Stato: per cui la residenza per ragioni di commercio è insufficiente a determinare il domicilio (art. 8). Ove però, oltre alle ragioni di commercio, concorressero altri elementi a stabilire l'intenzione dello straniero di aver fissato la sua dimora perpetua nel Regno, allora l'eccezione cadrebbe, ed egli potrebbe prevalersi del disposto dell'art. 8. — Non occorre dire che i figli già nati all'estero non sono contemplati da questo articolo. —

Però al figlio nato nel Regno dopo dieci anni di domicilio effettivo del padre, è riconosciuto il diritto di eleggere la qualità di straniero, nel tempo e modo stabilito dall'art. 9. — Che se poi egli fosse nato bensì da straniero domiciliato dal Regno, ma non per lo spazio di dieci anni compiuti, la legge lo reputa straniero, salvo a lui il diritto di eleggere la qualità di cittadino,

Digitized by Google

conformandosi alle disposizioni contenute nei due capoversi dell'art. 6.

Cittadini per diritto di matrimonii — Fra i modi di divenire cittadini italiani v'è anche quello che deriva dall'*jus nuptiarum:* e l'art. 9 lo regola disponendo che la donna straniera, la quale si marita a un cittadino, acquista la cittadinanza, e la conserva anche vedova, senza che perciò sia obbligata a serbare il suo domicilio nel Regno. Questo articolo sancisce un principio di diritto, oggimai generale, fondato sulle ragioni dell'unità che deve esistere nella domestica associazione.

Ma può avvenire che la legge personale della moglie renda per lei incancellabile la cittadinanza nativa, come si verifica per le donne inglesi, le quali, anche maritate con uno straniero, rimangono tuttavia cittadine del Regno Unito. L'art. 9 serba egli in tal caso la propria forza? Evidentemente, sì. L'acquisto della cittadinanza per matrimonio ha luogo di pien diritto, e produce tutti i suoi effetti. La sola differenza che ha luogo si è che la donna vien collocata in una condizione eccezionale in faccia alle leggi del suo paese. Ma il principio formolato con l'art. 9 è così assoluto che se anche con privata convenzione fra gli sposi vi si fosse derogato, conserverebbe tuttavia la sua forza, come quello che venne determinato da ragioni d'ordine pubblico.

È un'applicazione dello stesso principio la disposizione dell'art. 14, in forza del quale la donna cittadina che si marita a uno straniero diviene straniera, semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito. Quest'ultima dichiarazione concerne la possibilità che vi siano leggi le quali rifiutino alla donna straniera maritata con un nazionale la qua-

Digitized by Google

lità di cittadina. Ma le leggi inglesi, le sole che avessero mantenuto una tal deroga al diritto comune delle nazioni civili, sono state abrogate; infatti l'art. 16 degli statuti VII e VIII della regina Vittoria (capo 66) dispone che « qualunque donna maritata o che si mariterà con un individuo naturalizzato inglese, sarà considerata essa pure come naturalizzata, e avrà tutti i diritti d'una inglese ».

È da notarsi che l'art. 9 non fa distinzione fra donna maggiorenne o minorenne: per l'una come per l'altra il matrimonio produce gli stessi effetti. Ed è naturale: l'art. 1386, secondo il quale i minori capaci di contrattare matrimonio sono pure capaci di prestare il loro consenso a tutti gli effetti del matrimonio medesimo, purchè siano legalmente assistiti, importa naturalmente per la donna minorenne la facoltà e il potere di seguire la cittadinanza del marito, secondo la nota massima: *uxor sequitur statum mariti.*

Cittadini per diritto di naturalità. — La cittadinanza può essere acquistata dallo straniero, anche colla naturalità concessa per legge o per decreto reale. Concessa per legge produce effetti più ampi, perchè parifica completamente lo straniero che l'ha ottenuta agli altri cittadini del Regno, ammettendolo al godimento ed all'esercizio dei diritti politici, come l'elettorato e l'eleggibilità, l'ufficio di giurato, e simili. Concessa invece per decreto reale, non reca se non una guarentigia più ampia pel godimento dei diritti civili, e particolarmente *il diritto d'incolato,* vale a dire, il diritto di non essere espulso dallo Stato per misura amministrativa; diritto che dovrebbe essere guarentito a tutti, anche indipendentemente da ogni concessione di naturalità.

Digitized by Google

Nella maggior parte degli Stati costituzionali la naturalità è distinta in piccola e grande; piccola è quella che si ottiene per decreto reale, grande, quella che viene accordata per legge. Una tal distinzione si può dunque dire adottata anche dalle nostre leggi.

Gli effetti della naturalità non cominciano per chi l'ha ottenuta se non quando il decreto reale sia registrato dall'uffiziale dello stato civile del luogo dove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio; e finchè egli non ha prestato giuramento, dinanzi allo stesso ufficiale, d'essere fedele al Re e di osservare lo Statuto e le leggi del Regno: ove la registrazione non sia fatta entro sei mesi dalla data del decreto, lo straniero decade dal diritto acquistato.

Ma qual'è la condizione della moglie e dei figli dello straniero naturalizzato? Essi, dice l'ultimo capoverso dell'art. 10, divengono cittadini, semprechè abbiano anch'essi fissata la residenza nel Regno. Così la potestà maritale è talmente assoluta, che autorizza il marito a decidere della nazionalità della moglie. È ben vero che la moglie che non risieda nel Regno non segue la cittadinanza del marito; ma l'obbligo sancito in tutte le legislazioni, per cui la moglie deve seguire il marito rende illusoria questa disposizione: la moglie dovrà sempre adottare per forza la nazionalità elettiva del marito.

Dai lavori preparatorii del Codice risulta che questa disposizione diede luogo alle più vive discussioni: e si comprende infatti che si sia esitato, dinanzi a una facoltà così esorbitante da concedersi al marito; ma si comprende assai meno come si sia poi concessa. Le tradizioni romane ebbero il sopravvento; e la donna fu irrevocabilmente condannata a perdere la sua cit-

Digitized by Google

tadinanza nativa per prendere quella del marito, a meno che non si separi da lui, rifiutando di seguirlo nella sua residenza nel Regno.

Miglior condizione venne fatta — nè si poteva altrimenti — ai figli. Finchè sono minori, seguono la nuova cittadinanza del padre: ma possono scegliere la qualità di straniero, facendone dichiarazione a norma dell'art. 5. — Questa, per altro, non è veramente una concessione molto larga: perchè, se anche il cittadino d'origine e di nascita può rinunciare alla cittadinanza italiana (art. 11) è difficile vedere come una tal facoltà si potrebbe negare al figlio dello straniero naturalizzato.

La moglie, non occorre dirlo, rimanendo vedova può riprendere la sua cittadinanza nativa, facendo le opportune dichiarazioni, come la straniera che ha sposato un cittadino.

Fra i diversi modi di acquistare o perdere la cittadinanza per chi è straniero, gli autori annoverano le modificazioni politiche di territorio; così gli abitanti di una provincia straniera annessa al Regno divengono cittadini, senza che sia necessario l'adempimento di condizione alcuna: e cessano di essere tali gli abitanti di una provincia del Regno che va a far parte di un altro Stato.

Ma questa forma di acquisto o di perdita della cittadinanza non è punto regolata dalla legislazione comune: d'altra parte, è inesatto il dire che i fatti politici che danno luogo a modificazioni territoriali privino gli abitanti della cittadinanza, poichè generalmente si dà loro la facoltà di scegliere fra la patria nuova e la vecchia. Inoltre nella loro vita civile non v'è interruzione di sorta. Siccome poi il godimento dei diritti civili è esteso a tutti, cittadini e stranieri, ne

Digitized by Google

viene che le quistioni che possono insorgere non hanno più quella gravità che avevano sotto l'impero di Codici illiberali.

78. Condizione giuridica dello straniero in Italia.

Si è accennato a più riprese alla condizione che il nostro Codice ha fatto allo straniero. Importa ora significare con precisione quali sono gli effetti dell'innovazione ardita e generosa fatta dall'art. 3, e ricercare: 1.° Se il godimento dei diritti civili è intero o ristretto: 2.° Se lo straniero può acquistare altrimenti che per naturalità i diritti politici: 3.° Quali sono i doveri a cui si assoggetta venendo nello Stato.

1.° Il disposto dell'art. 3 è esplicito e preciso: sicchè lo straniero gode ed esercita i diritti civili come un cittadino. Le sole restrizioni che lo riguardano sono quelle che derivano dalle leggi del suo paese, relative alla sua capacità (l'art. 6 del tit. prelim.): per cui se è minorenne secondo quelle leggi, benchè maggiore secondo le nostre, non potrà esercitare quei diritti civili che sono interdetti all'incapace per età. È abolito ogni obbligo di cauzione *judicatum solvi* per lo straniero attore. Ove però egli non abbia residenza nel Regno non può fare da testimonio nei testamenti (articolo 788): e questa può dirsi la sola disposizione che lo colpisce nella sua qualità di straniero. Nel resto è intieramente parificato ai cittadini: e nel godimento dei diritti civili non ha obbligo di residenza ordinaria nello Stato, nè è necessario che vi sia reciprocità di trattamento da parte dello Stato a cui appartiene. Egli è uomo: non gli si chiede di più.

2.° Può egli acquistare i diritti politici, altrimenti che per legge? Dall'insieme delle disposizioni legislative vigenti fra noi circa il godimento dei diritti politici, bisogna conchiuderne che no. S'è già veduto che lo stesso diritto d'incolato — che pure è un diritto eminentemente civile — venne negato ai forestieri (*L. sulla Pub. Sic. art.* 73). — La cittadinanza conferita da un Comune, come attestato di pubblica gratitudine verso uno straniero che si sia reso benemerito verso il Comune stesso per servigii resi, non ha che un carattere puramente onorifico, e non produce effetto giuridico di sorta; per cui, se chi l'ha ricevuta fosse anche proprietario nel Comune, vi pagasse anche non lievi contribuzioni, tutti questi titoli sarebbero insufficienti a conferirgli l'elettorato amministrativo e politico. Ove però il non cittadino sia italiano, appartenga, cioè, ad altre provincie della penisola, che non fanno parte del Regno, egli è in parte equiparato agli altri cittadini; vale a dire che può essere elettore amministrativo, purchè possieda le altre condizioni dalla legge richieste (*Legge com. e prov., art.* 17); ed elettore politico, purchè abbia la piccola naturalizzazione, quella cioè, che si ottiene per decreto reale (*Legge* 17 *dicembre* 1860, *art.* 1).

3.° I doveri a cui si assoggetta lo straniero, venendo nel Regno, sono chiaramente significati dall'articolo 11 del Titolo preliminare, in forza del quale le leggi penali, di polizia e di sicurezza pubblica obbligano tutti coloro che si trovano nel territorio del Regno. *Intrasti urbem,* si dice allo straniero; *ambula justa ritum ejus.* Se i cittadini dello Stato ubbidiscono alle leggi, è giusto che anche gli stranieri siano soggetti allo stesso dovere. La qualità di straniero non

Digitized by Google

dev'essere motivo di oppressione, nè di privilegio: e per ciò solo che uno è venuto nel nostro paese, e gli ha implicitamente dichiarato che intende a conformarsi alle leggi ed agli usi che vi trova.

L'obbligo imposto dall'art. 11 è imperativo non solo per gli stranieri che risiedono nello Stato, ma anche per quelli che vi si trovano accidentalmente, solo di passaggio. Essi hanno la protezione delle nostre leggi, e i vantaggi che ne derivano: è giusto che ne accettino i doveri: e ciò non è loro difficile, poichè si tratta di un paese retto da libere instituzioni, dove l'arbitrio è impossibile, dove impera soltanto la legge, e dove chiunque si senta ingiustamente leso ha facile e sicuro accesso ai tribunali ed alla stampa per far valere le proprie ragioni.

Questi principii sono evidenti, finchè si tratta di leggi e regolamenti diretti a reprimere atti che sono giudicati universalmente cattivi. Ma può avvenire che uno straniero novellamente arrivato in un Comune ignori l'esistenza di regolamenti di polizia locale e arbitrari, dettati da motivi strettamente ed esclusivamente locali: può egli allegare l'ignoranza? La risposta è generalmente negativa: e si ammette che, in tal caso, si può considerare tutto al più l'ignoranza come un'attenuazione dell'offesa commessa, atta a temperare la pena: ma che non vi sia motivo di fare eccezione al principio di diritto in forza del quale non si suppone che alcuno ignori la legge.

Mi pare però che si debba fare una distinzione; che, cioè, quando si tratti di regolamenti, ordinanze o disposizioni locali assolutamente speciali, e di cui non si possa trovare esempio in altri luoghi, l'ignoranza equivalga in realtà all'impossibilità di conoscere: ora,

impossibilium nulla est obbligatio. Rimanendo quindi tutta la sua forza a quel regolamento o a quella disposizione che ha il suo fondamento in qualche bisogno d'indole ordinaria o generale, il beneficio dell'eccezione sopra indicata dev'essere esclusivamente ristretto al caso in cui uno straniero appena arrivato avesse commesso una contravvenzione in circostanze tali da risultare che, nello stato dei fatti, egli si trovava nella impossibilità di conoscere il regolamento di polizia che ha violato.

Se però le leggi penali e di polizia sono obbligatorie per tutti gli stranieri, che si trovano nello Stato, il diritto pubblico ne eccettua gli agenti diplomatici dei governi esteri. Questa eccezione, che ebbe altre volte la sua ragion d'essere nella barbarie dei tempi e dei costumi, ora l'ha perduta; e gli agenti diplomatici potrebbero essere senza inconveniente sottomessi al diritto comune e chiamati innanzi ai tribunali ordinari, come ogni altro straniero. Ma poichè il privilegio esiste, mi limiterò a due sole osservazioni; la prima che, per le obbligazioni civili e commerciali ordinarie essi devono essere considerati responsabili come ogni altro straniero, salvo che vi siano disposizioni espresse che vi si oppongano: la seconda, che nel dubbio si debba sempre decidere per la loro sottomissione al diritto comune. Si tratta di eccezioni e di privilegi: poco importa chi ne è l'oggetto; devono essere ristrettivamente interpretati.

79. Effetti civili delle condanne penali.

Il diritto civile moderno, come fu già detto più innanzi, ha portato una distinzione profonda fra il pos-

Digitized by Google

sesso dei diritti civili e il possesso del diritto di cittadinanza. L'uno è distinto e indipendente dall'altro. È notevole a questo proposito la diversità di condizione giuridica che v'è fra il cittadino e lo straniero, condannati a pena che porti la perdita dei diritti civili. Il cittadino subisce tutti gli effetti della condanna e le diminuzioni di capacità che ne derivano: lo straniero, benchè condannato legalmente dai tribunali del suo paese, pure, venendo in Italia, conserva il pieno possesso de'suoi diritti.

Nella maggior parte delle legislazioni europee era ammessa la morte civile come conseguenza di alcune pene. Il suo effetto era di spezzare ogni vincolo del condannato con la società; ne apriva la successione, lo metteva in una parola fuori della legge. Era la *maxima diminutio capitis* del diritto romano in tutta la sua pienezza; anzi, v'era di più ancora, perchè la morte civile toglieva al condannato persino quelle capacità dell'*jus gentium* di cui non era privato il condannato antico, il quale perdeva soltanto l'*jus civile romanum*.

Questa feroce finzione di legge che faceva esistere un essere umano senza diritti era così incompatibile coi principii della civiltà moderna, che fin dai primordi del nostro secolo cominciò ad essere combattuta dai giurisconsulti più illuminati. Il popolo del Belgio fu però il primo che cancellò questa ignominia dalle sue leggi, scrivendo nell'art. 13 della sua carta costituzionale: « la morte civile è abolita nè può essere ristabilita ». In Francia, nel 1831, tale abolizione venne proposta da una Commissione legislativa: ma non fu che nel 1854 (legge del 31 maggio) che questa riforma venne finalmente introdotta nella legislazione francese.

Ma in Italia, strano a dirsi, si andava più in là che altrove: l'entrata negli ordini religiosi produceva gli effetti della morte civile: e quelli che si legarono da voti monastici non riebbero il possesso dei diritti civili che sotto l'impero del nuovo Codice, cioè, a partire dal 1.° gennaio 1866. Nè può dirsi ancora abolita ogni deroga al diritto comune per motivi di professione religiosa. Così i preti non possono essere giurati, non avvocati nè procuratori, non medici; sono esenti dalla leva: subiscono finalmente altre restrizioni e godono di altri privilegi che sono incompatibili col principio dell'uguaglianza in faccia alla legge e con le regole ordinarie di un Governo libero.

Il Codice civile non contiene sul grave argomento un complesso di disposizioni precise e ordinate. Si limita a dichiarare in termini generali che « ogni cittadino gode dei diritti civili, *finchè non ne sia decaduto per condanna penale* (art. 1) ». Ma non è chi non veda l'inesattezza di queste espressioni. Dichiarare semplicemente che si hanno i diritti civili finchè non se ne sia decaduto per condanna penale, equivale a dire che l'effetto d'una condanna è completo e definitivo. Ora, ciò non è, perchè la decadenza 1.° può essere parziale: 2.° può terminare. Sebbene il nostro Codice non ammetta il sistema delle diverse *diminuzioni di capacità*, pure in fatto vediamo che vi sono diverse gradazioni tanto nel godimento quanto nell'esercizio dei diritti civili, di alcuni dei quali si può essere privati, serbando gli altri, non solo, (come abbiamo veduto), per ragioni di età, di sesso o di salute, ma anche pel diverso effetto delle condanne penali.

Anzitutto, la condanna stessa a morte, all'ergastolo e ai lavori forzati a vita non porta la decadenza

Digitized by Google

di tutti i diritti, perchè i condannati almeno il testamento hanno diritto di farlo (C. civ. 763. — Disp. trans. art. 3). Vi sono poi certe condanne che portano soltanto la privazione di alcuni diritti; così possono togliere il diritto di contrarre matrimonio nel caso indicato dall'art. 62: sottrarre la moglie all'obbligo dell'autorizzazione maritale (art. 135): giustificare la domanda di separazione (art. 151): privare della capacità di essere tutori (art. 269, 270): di succedere (art. 725, 764); di conservare la donazione (art. 1081). L'interdizione per causa di pena colpisce d'incapacità a contrattare (art. 1107); la perdita dei diritti civili toglie la capacità a fare da testimonio in un testamento (art. 788), e giustifica l'estinzione del godimento di una rendita vitalizia (art. 1801). Il Codice penale poi priva (art. 423) gli ascendenti di tutti i diritti che in forza della patria potestà hanno sulle persone o sui beni dei figli che hanno prostituitiod eccitati alla corruzione. Per gli effetti prodotti dal fallimento si consulti l'art. 551 del Cod. di com.

È poi da notarsi che in alcuni dei casi qui citati la legge porta la privazione del solo esercizio dei diritti civili, mentre in altri spoglia altresì del godimento.

La conclusione è evidente: l'art. 1.° sarebbe stato assai più esatto, se avesse detto che ogni cittadino ha il godimento dei diritti civili, *salvo di quelli di cui sia stato privato per condanna penale.*

Dichiarando che ciascun cittadino ha il godimento dei diritti civili, finchè non ne sia decaduto per fatto proprio, l'art. 1.° raggiunge due fini; esso stabilisce anzitutto la presunzione legale, che tutti, cittadini o stranieri, possiedono i loro diritti, salvo la prova contraria, la quale non può risultare che da condanna

Digitized by Google

penale: impedisce inoltre che in alcuni casi con la contumacia si possa evitare assolutamente la pena, della quale, come osserva il Pisanelli, la privazione dei diritti civili è talora un elemento e talora una guarentigia.

Quali siano gli effetti civili delle condanne criminali, il Codice civile nol dice; se non nelle circostanze più sopra accennate, spettando al Codice penale di regolarli in modo ordinato e completo. Ma attesa la varietà delle legislazioni vigenti su questa materia, si è creduto opportuno di risolverla provvisoriamente con le *disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile.*

Negli articoli 3 e 4 troviamo infatti contenute le disposizioni seguenti:

1.° Fino alla promulgazione di un Codice penale per tutte le provincie del Regno, le condanne alla pena di morte, dell'ergastolo e dei lavori a vita traggono seco la perdita dei diritti politici, della podestà patria e maritale, e la interdizione legale del condannato.

2.° L'interdizione legale toglie al condannato la capacità di amministrare i suoi beni, di alienarli, ipotecarli o disporne altrimenti che per testamento.

3.° Al condannato interdetto è nominato un tutore per rappresentarlo, ed amministrare i suoi beni, nel modo stabilito dal Codice civile per gli interdetti giudizialmente.

4.° Le disposizioni riguardanti i beni degli interdetti giudizialmente sono applicabili ai beni del condannato interdetto legalmente: a questo non può essere assegnato che un tenue sussidio, a titolo di alimenti.

5.° L'amnistia, l'indulto o la grazia che condona o

Digitized by Google

commuta la pena, fa cessare l'interdizione legale del condannato, eccetto che la commutazione abbia luogo in altra pena alla quale sia congiunta per legge l'interdizione medesima. (V. *C. proc. pen. art.* 834 *e seg. modificati dalla legge* 28 *giugno* 1866).

6.° La condizione di coloro che per effetto di condanne penali pronunziate prima dell'attuazione del nuovo Codice sono incorsi nella perdita o del godimento o dell'esercizio dei diritti civili continua bensì ad essere regolata dalle leggi anteriori: ma le incapacità civili non più ammesse dall'art. 3 cessarono di diritto dal 1.° gennaio 1866.

Quali siano gli effetti giuridici dell'interdizione legale in seguito di condanna penale sarà esaminato più innanzi, quando si tratterà dell'interdizione in generale.

Digitized by Google

LEZIONE XIII.

DELLA PERDITA E DEL RIACQUISTO DELLA CITTADINANZA

---

80. Del diritto di emigrazione e d'immigrazione.

Una delle più singolari e tenaci reliquie del feudalismo mantenute nei Codici moderni è la disposizione in forza della quale l'uomo è attaccato al territorio nazionale, in modo da farne parte, e da non potersene separare, senza incorrere pene speciali; a meno che non ne abbia ottenuto le più formali autorizzazioni governative. Come si concilii questa specie di servitù della gleba con la facilità con cui si gettavano nelle vie dell'esiglio i cittadini poco devoti ai Governi tirannici, non è cosa agevole a spiegare.

Quasi contrapposto a questa disposizione oppressiva, troviamo nella maggior parte dei Codici uno spirito di sistematica diffidenza verso gli stranieri. E il diritto di albinaggio, il diritto di ritorsione, il diritto di detrazione e simili altre iniquità, che non sono cancellate ancora in tutte le legislazioni moderne, ricordano come fossero trattati gli stranieri negli Stati più avanzati e civili.

I Governi alzavano alle loro frontiere una barriera che impedisse il varco tanto ai cittadini per uscire, come agli stranieri per entrarvi. E il diritto di andare e di venire, di emigrare e d'immigrare, uno dei più legittimi esercizi della libertà individuale, era considerato come un favore da concedersi o da negarsi, secondo che motivi politici o riguardi personali lo consigliassero. Oggi ancora gli Stati meno civili sono tuttora i più intolleranti sul diritto di emigrazione.

Il filosofo e lo storico che vogliono cercare una delle cagioni per cui alcuni Stati prosperarono più rapidamente ed altri meno, devono cercarla nelle agevolezze fatte o negli ostacoli che si opposero al diritto di emigrare e d'immigrare, a quella che gli inglesi chiamano — libertà di locomozione. E si può dire con tutta verità che il miglior modo d'immobilizzare un popolo, di condannarlo alla miseria ed alla ignoranza, consiste nell'applicargli il sistema chinese. Avviene delle società umane come dell'acqua: quando non corrono e non si rinnovano, si corrompono. Ne abbiamo un esempio in casa: la muraglia di cui il Governo borbonico circondò e chiuse per tanti anni il Regno delle Due Sicilie non è forse la prima causa dei mali che travagliano ancora e delle miserie di cui soffrono le provincie meridionali?

Se interroghiamo poi la storia nazionale, troviamo che il periodo più glorioso e più ricco del nostro popolo è appunto quello in cui si vedono i negozianti italiani emigrare all'estero, portare per tutta l'Europa i loro capitali e la loro attività, ad arricchire così nel tempo stesso il loro paese. La decadenza successiva delle industrie e dei traffici segue esattamente la ca-

Digitized by Google

duta di tutte le libertà, e anche per conseguenza della libertà di emigrazione. E non sarebbe difficile dimostrare che l'emigrazione non è solamente una parte integrale della vita di tutti i popoli, ma che è un elemento costitutivo dell' incivilimento umano.

Che l'emigrazione convenga ai paesi che danno asilo agli stranieri, è oggimai verità che nessuno pensa a mettere in dubbio. L'uomo che lascia ogni cosa caramente diletta per chiedere patria o lavoro a una terra straniera, non può essere un uomo volgare. Vi sia spinto dalla miseria, da motivi politici o religiosi, dal desiderio di arricchirsi, egli è pur sempre un uomo energico, coraggioso, intraprendente; il debole non emigra: fa parte della gleba su cui vegeta, vi languisce e vi muore. Il paese adunque che riceve l'emigrato fa quasi sempre un buon acquisto. E l'art. 3 del Codice che guarentisce allo straniero il godimento dei diritti civili ha saviamente provveduto agli interessi del nostro paese, perchè vi chiama gli uomini risoluti, i quali, portando fra noi il loro spirito d'iniziativa, i loro capitali e la loro attività, concorreranno efficacemente allo sviluppo morale ed economico del paese. Gli Stati Uniti dovettero la loro origine e devono i loro progressi, la loro immensa prosperità all'indole liberale delle loro leggi verso gli stranieri. La storia di Roma ci aveva già insegnato quanto influisca sui destini di un paese il servire d'asilo ai profughi. Le scienze sociali hanno oggimai confermato anche per gli uomini la verità insegnata dalla fisiologia, che solo dagli innesti e dai connubi deriva il rinnovamento e il progresso delle razze: e ciò è tanto vero del mondo delle piante come del mondo delle nazioni.

Che l'emigrazione convenga ai paesi da cui ha

Digitized by Google

luogo parrà chiaro a tutti, quando si pensi che chi emigra vi è spinto da qualche sofferenza cui egli vuole porre fine. Il paese ha dunque un sollievo, ogni volta che uno, spinto dalla miseria, va a cercare fortuna altrove. E siccome rare volte si abbandona la patria con la risoluzione di non più tornarvi, così vediamo quasi sempre avvenire che l'emigrante, partito povero, torna a godere nel suo paese la ricchezza acquistata altrove. Egli era, a così dire, una passività nel bilancio sociale; è divenuto un'attività.

Quel campo di azione che non avea trovato in patria egli seppe andarlo a cercare all'estero; e invece di languire, di peso a sè stesso ed a' suoi, ha saputo lottare e vincere.

Se v'è paese che ha veduto e vede emigrare a migliaia e a migliaia i suoi abitanti è l'Inghilterra. Essi hanno fondato gli Stati Uniti; ora colonizzano l'Oceania; e continuano pure l'opera loro nelle Indie. Supponete che una legge assurda ed oppressiva avesse posto degli ostacoli insuperabili all'emigrazione; credete voi che tanta parte del globo sarebbe stata strappata alla barbarie? E credete voi che la stessa Inghilterra avrebbe raggiunto la prosperità immensa di cui ora gode? No certo; ma l'Inghilterra ha veduto di buon'ora che l'emigrazione è un diritto inviolabile, e, quel che più monta, fonte di bene per tutti. Quanto c'è voluto prima che gli altri Stati europei si convincessero finalmente di questa luminosa verità!

Il nostro Codice, venuto in tanta luce di progressi civili, è uno dei più avanzati su questo punto; e la libertà di emigrazione potrebbe dirsi intieramente guarentita, se non vi fossero le ingiuste retrizioni apportate dall'art. 12, delle quali sarà parlato più innanzi.

Digitized by Google

Egli è negli articoli 11 e 14 che si trovano le disposizioni che governano il diritto di ciascun uomo di non essere legato alla terra. Determinando le cagioni per le quali si perde la cittadinanza italiana, l'art. 11 esclude ogni presunzione che non risulta da fatti chiari, positivi, facili a cónstatare. Infatti, non si perde la cittadinanza se non per le cause e nei modi seguenti:

1.° Rinunciandovi con dichiarazione davanti l'ufficiale dello Stato civile del proprio domicilio e trasferendo in paese estero la propria residenza.

2.° Ottenendo la cittadinanza estera.

3.° Accettando, senza permissione del governo, impieghi civili, o militari da potenza estera.

4.° Contraendo (la donna) matrimonio con uno straniero.

Nè la perdita della cittadinanza è irrevocabile; perchè l'art. 17 indica, come vedremo, le condizioni mediante le quali chi l'ha perduta può riacquistarla.

81. Della rinuncia alla cittadinanza italiana.

Ogni cittadino del Regno è in facoltà, quando lo creda conveniente a' suoi interessi, di rinunciare alla cittadinanza italiana. Egli solo è giudice delle ragioni che possono determinarvelo. Mentre in Italia per lo passato il carattere di cittadino o, più esattamente di suddito, era quasi dovunque incancellabile, e si esigeva un decreto sovrano per potervi rinunciare, ora invece è ammesso il principio che nessuno può essere obbligato a rimanere perpetuamente legato al proprio paese. A chi vuole emigrare e ascriversi a una cittadinanza straniera non si richiede altra condizione che la di-

Digitized by Google

chiarazione della sua volontà, o una prova decisiva da cui risulti che egli si considera come sciolto dai vincoli del suo paese natio. Nessuna autorizzazione governativa, giudiziaria o comunale è necessaria per rinunciare alla cittadinanza italiana. La volontà individuale è la sola arbitra assoluta delle risoluzioni del cittadino.

Il sistema che attacca l'uomo alla gleba, e ne fa quasi una dipendenza materiale, era ignoto presso gli antichi, specialmente Greci e Romani. Quanto ai Greci, il diritto di emigrazione si mostrava in tutta la sua pienezza e in tutti i suoi benefici risultati, specialmente nelle colonie, le quali si formavano liberamente, e godevano della più ampia autonomia in faccia alla madre patria, colla quale erano spesso alleate, ma a cui non furono mai soggette. Quanto ai Romani, è noto che l'emigrazione era tanto più agevolmente consentita che non si supponeva con molta facilità che un cittadino romano emigrasse per preferire una patria estera alla gloriosa cittadinanza dei Quiriti. Non v'era dunque ostacolo all'esercizio di un diritto che Cicerone (*Orat. pro Corn. Balbo*, 13) chiamava il fondamento della più forte libertà (Vedi pure *L.* 12, *D. de capit. et post.*).

Saviamente adunque l'art. 11 esclude ogni idea di consenso governativo per rinunciare alla cittadinanza italiana: « è questo, diceva il Pisanelli, un omaggio reso alla libertà dell'individuo . . . D'altra parte, ammettendo la legge che lo straniero possa acquistare la cittadinanza del Regno, senza richiedere il consenso dello Stato a cui esso appartiene, ragion vuole che sia usato un pari trattamento verso lo Stato estero presso il quale il nostro cittadino ricerca una nuova

Digitized by Google

patria. (Rel. p. 4) ». E il relatore del Senato, svolgendo lo stesso ordine di ragioni, aggiungeva: « una patria libera vuole liberi figli e non servi della gleba. Quindi cancellando ogni traccia delle barbare leggi le quali dello Stato facevano una grande prigione, il progetto lascia libera facoltà di abdicare la cittadinanza e di abbandonare la patria a coloro cui un prepotente bisogno, gravi infortunii e la speranza di sorti migliori traggano a vivere sotto altro cielo (Vigliani, 14) ».

La nostra legge non riconosce che quattro modi di rinuncia alla patria cittadinanza: o con farne dichiarazione regolare dinanzi all'uffiziale dello stato civile: o con ottenere la cittadinanza in paese estero: o con accettare un ufficio civile o militare al servizio di potenza estera: o per la donna, con contrarre matrimonio con uno straniero.

Il modo più efficace di tutti, quello che fa prova intera, è il primo: quando infatti un cittadino dichiara dinanzi all'ufficiale dello stato civile la sua intenzione, e la fa registrare, non è possibile equivoco od errore di sorta. Si è espresso il timore che questa forma di rinuncia potesse dar luogo a frodi, potendo avvenire che alcuno vi cercasse un mezzo di eludere delle obbligazioni risultanti dalla qualità di cittadino; e si propose di chiarir bene il concetto della legge, onde rendere impossibile la malafede. Ma fu osservato con ragione che anche la rinuncia alla cittadinanza, come ogni altro atto civile, non produce effetto ogni volta che sia affetta di qualche vizio, come sarebbe la simulazione o la frode.

Questa forma di rinuncia, che è detta espressa, si contrappone alle altre due, che sono dette tacite,

Digitized by Google

ma erroneamente. Tacite sarebbero se risultassero da atti che, rivelando implicitamente l'intenzione del cittadino, non fornissero però prove formali e positive della sua rinuncia. E tacita è veramente la forma di rinuncia indicata dall'art. 17, n.° 4 del Codice Napoleone, secondo il quale la cittadinanza si perde « per qualunque stabilimento eretto in paese straniero, con animo di non più ritornare ». Qui si ricorre davvero alle presunzioni, a mezzi indiretti per dedurne la rinuncia tacita alla cittadinanza. Ma il nostro Codice ha giustamente escluso questo modo insufficiente ed elastico; vuole delle prove effettive, chiare; e tali sono quelle enumerate nei tre capoversi dell'art. 11. Come si può chiamar tacita una rinuncia che risulta da fatti così patenti?

Ma l'aver fatto la dichiarazione di rinuncia dinanzi all'ufficiale dello Stato civile non produce ancora tutti i suoi effetti, se non è accompagnata dal trasferimento della residenza in paese estero. Questo è il secondo elemento che si richiede perchè il cittadino divenga straniero. Tale disposizione, si è detto, ha per oggetto di evitare le frodi a cui si aprirebbe il varco se uno, fatta la sua dichiarazione, continuasse tuttavia a risiedere nel Regno, con l'intenzione di esonerarsi da quegli obblighi che sono inerenti alla qualità di cittadino. Ma è evidente che questa disposizione raggiungerà difficilmente il suo scopo, ed è per lo meno superflua, dovendosi considerare come sufficiente l'art. 12, che mantiene soggetto alla leva colui che perde la cittadinanza.

D'altra parte, colui che ha rinunciato alla cittadinanza essendo divenuto straniero, si trova nella condizione d'ogni altro straniero: non gli si può quindi negare, a meno di un'eccezione odiosa, la residenza

Digitized by Google

nello Stato, che è accordata a tutti. L'errore o la lacuna di questa disposizione consiste dunque in ciò; di essersi occupata della sola dichiarazione dinanzi all'ufficiale civile del nostro paese, e non di quella che il rinunciante dovrebbe fare nello Stato alla cui cittadinanza si è ascritto. Era cosa assai più savia applicare le regole stabilite dall'art. 17 pel cambiamento di domicilio, ed esigere una doppia dichiarazione, considerando come cittadino chiunque non provasse che, oltre alla rinuncia fatta dinanzi all'ufficiale dello Stato civile, si è già fatto inscrivere nei registri di un'altra nazione. La residenza non prova nulla in materia di cittadinanza. Se è inoltre esatto il dire che nessuno può essere cittadino di due patrie, lo è pure il dire che nessuno può essere senza una terra a cui appartenere. Comprendo benissimo che l'aver ottenuta la cittadinanza in paese estero basti per rendere straniero l'Italiano che l'ha chiesta, senza che sia necessaria la sua rinuncia al paese nativo: sappiamo ciò che è avvenuto di lui, dove trovarlo quando occorra. Ma la sola rinuncia non prova nulla; e lo stesso obbligo della residenza in paese estero è così vago, così difficile a constatare che non basta menomamente a completare gli effetti della rinuncia. L'art. 11 lascia il rinunciante sospeso fra un paese e l'altro: non è più cittadino, ma non è certo che sia straniero. Poniamo infatti che egli abbia trasferito la sua residenza in un paese estero, senza avervi ottenuta cittadinanza di sorta: sarà un individuo *ex lege*? E si dovrà rimanere nell'ignoranza completa della sua nazionalità, finchè non si sia fatto inscrivere nei registri di uno Stato estero?

La gravità di queste obbiezioni sarà special-

Digitized by Google

mente apprezzata ogni volta che si tratterà di sapere se uno, dopo aver rinunciato alla cittadinanza dinanzi all'ufficiale dello Stato civile, ed essere, a così dire, scomparso dal consorzio italiano, per non aver più fra noi domicilio o residenza certa, sia ancora cittadino o no. Mi pare che, in tal caso, la soluzione migliore sia di constatare se ha acquistato o no la cittadinanza di un paese estero; e nel caso negativo, considerarlo senz'altro come ancora cittadino. Bisogna escludere come contraria ad ogni principio di diritto l'ipotesi che uno possa essere estraneo ad ogni patria, ad ogni nazione. E perchè nel caso indicato abbiamo la prova positiva della cittadinanza di cui ha sempre fatto parte, questa, malgrado la sua rinuncia, e fino a prova contraria, dev'essere considerata come la sua patria naturale e civile.

82. Della cittadinanza ottenuta in paese estero.

Niuno può essere cittadino di due patrie: e questo precetto generale di diritto comune e pubblico è in vigore nelle leggi di tutti i paesi. Conseguenza naturale ne è che il farsi iscrivere nei registri di cittadinanza di uno Stato estero equivale ad una rinuncia espressa e formale a quella della nazione a cui si apparteneva. Lo Stato vuole posizioni chiare e nette: ciascuno è senza dubbio padrone di scegliere la nazione di cui vuole far parte; ma, fatta la scelta, questa dev'essere effettiva ed intera. Ognuno vede quali confusioni di persone e d'interessi avverrebbero se si facessero delle eccezioni al precetto giuridico sopra ricordato, che *nemo duarum civitatum civis esse potest.*

Digitized by Google

Ma che s' intende per l'acquisto della cittadinanza in paese estero? E quali condizioni sono necessarie perchè esso produca la perdita della cittadinanza italiana?

Anzitutto importa stabilire un punto capitale: la cittadinanza estera dev'essere stata non solo chiesta, ma realmente *ottenuta:* l'art. 11 è formale. Finchè la domanda pende, chi l'ha chiesta è cittadino italiano; ma appena ottenuta, si tratti di piccola o di grande naturalità, poco monta; egli ha cessato di far parte dello Stato; ed entra nella condizione giuridica di straniero.

Il significato dello stesso vocabolo *ottenere* ha un altro effetto; quello di non privare della cittadinanza italiana se non colui che ha acquistato la cittadinanza estera in modo e con forme che manifestino efficacemente la sua volontà. Per cui, se un cittadino si trova iscritto nei registri di cittadinanza di uno Stato estero senza sua volontà, o senza che il suo consenso appaia libero e intero, egli non perde per ciò la sua qualità.

Se questa osservazione non avesse riscontro nei fatti dovrebbe considerarsi come superflua: ma non è chi ignori come possono verificarsi circostanze in cui un Italiano venga ad acquistare senza volerlo la cittadinanza straniera. Può avvenire che il Governo di un paese estero conceda di proprio moto la cittadinanza ad uno o più stranieri, in ricompensa di servigii ricevuti. — Può altresì avvenire che un cittadino sia costretto, da imperiose necessità politiche (come nei tempi di rivoluzione o di guerra), o da motivi di forza maggiore, di chiedere e di accettare la cittadinanza estera, per salvare la persona ed i beni, senza avere in animo di rinunciare alla propria. — Può fi-

Digitized by Google

nalmente avvenire che le leggi di uno Stato estero impongano la qualità di cittadino allo straniero che vi risiede per ragioni di commercio, come fanno appunto le leggi spagnuole. — Si potrà dire in tutti questi casi che si sia *ottenuta* la cittadinanza estera e si sia perduta la cittadinanza patria? No certo, perchè manca l'elemento più decisivo, la libertà del consenso.

Era stato proposto di completare il 2.° capoverso dell'art. 11 col disporre che, oltre alla naturalità ottenuta in paese estero, fosse necessaria anche la cessazione di residenza nello Stato per privare un cittadino della sua qualità. Ma questa condizione fu eliminata; pel motivo evidentissimo che l'obbligo di dover mutare la dimora sarebbe sempre illusorio, potendo tale mutamento eseguirsi in modo affatto momentaneo, e ridursi ad una vana dimostrazione. Nulla di più ragionevole. Ma come mai questo motivo non ha prevalso anche pel primo capoverso, e non si è cancellato l'obbligo della cessazione della residenza anche per chi rinuncia alla cittadinanza dinanzi a un ufficiale dello Stato civile? Non era il caso di applicare la massima: *ubi eadem ratio, ibi idem jus statuendum?* Perchè questa contraddizione?

83. Dell'accettazione di uffici pubblici sotto un governo straniero.

Fra i motivi che importano la perdita della cittadinanza v'è l'accettazione di uffici pubblici, civili o militari, sotto un governo straniero. In questo caso però la perdita non s'incorre se non quando tali uffici vennero accettati senza permissione del governo. Spie-

gando questa disposizione, il relatore del Senato osservava che, niuno potendo conciliare i doveri verso il proprio governo col servizio o governo straniero sia nella milizia, sia in ufficii pubblici, la legge a ragione presume che abbia tacitamente rinunziato alla patria l'italiano che accetta impiego pubblico o servizio militare in estero Stato.

Veramente, non può dirsi che vi sia rinuncia *tacita* alla patria cittadinanza nel fatto qui indicato, poichè, dinanzi alla patente e precisa disposizione della legge, colui che la viola sa benissimo a che si espone; e la sua rinuncia è realmente espressa. Ma lasciando questo punto di lieve importanza, ciò che giova esaminare sono i caratteri costitutivi del fatto che porta seco la perdita della cittadinanza.

Perchè produca tutti i suoi effetti sono dunque necessarie le condizioni seguenti:

1.° Che si tratti d'impiego governativo e permanente: — per cui rimane cittadino colui che ha accettato un qualsiasi ufficio privato, civile o commerciale, ed anche comunale; — lo rimane parimente chi avesse esercitato per suo conto all'estero l'ufficio di avvocato, di medico, di sacerdote: — lo rimane pure chi ha accettato un pubblico ufficio dal Governo estero, ma solo per un oggetto temporaneo e limitato. Impiego pubblico difatti significa un ufficio durevole e regolare; e nessuno presso di noi, chiama pubblico impiegato chi adempie un incarico temporaneo ricevuto dal Governo. Ciò che la legge ha voluto colpire nell'accettazione di un ufficio pubblico, civile o militare, da un Governo estero, è la rinuncia al paese natio che ne risulta: è l'adesione formale ed evidente ad una nuova patria. Gli impieghi, si danno, per regola, a vita: se

adunque non si tratta che di un ufficio provvisorio; se per esempio, un italiano ha consentito, in caso di urgenza, a impugnar le armi per la difesa interna ed esterna del paese estero in cui risiede, senza animo di dedicarsi alla carriera militare; se ha consentito a dare il concorso de' suoi lumi o dell'opera sua ad un Governo straniero, senza però consacrarsi interamente al di lui servizio, egli conserva in tutta la sua integrità la propria cittadinanza. E se anche avesse dovuto prestar giuramento al Governo estero, per l'adempimento degli incarichi a lui affidati, questo fatto non cambia punto la sua condizione giuridica.

2.° Nel caso poi che si tratti di uffici pubblici, civili o militari, realmente chiesti e liberamente accettati, allora solo producono la perdita della cittadinanza, quando l'accettazione non è stata preceduta dalla permissione del Governo italiano. Questa poi deve essere già ottenuta prima di entrare in ufficio. — Ove quest'obbligo sia stato adempiuto, il cittadino può servire per qualsiasi periodo di tempo il Governo straniero. La permissione deve essere data dal Governo del Re. Gli agenti diplomatici e consolari non hanno questa facoltà. Parmi nondimeno che ove, eccedendo i loro poteri, l'accordassero, questo sarebbe un titolo da valutarsi a beneficio del cittadino che l'ha ottenuta.

Ciò che importa sommamente di tener sempre d'occhio è la distinzione profonda che fa il Codice tra cittadinanza e diritti civili, e di ricordare che si può perdere l'una, conservando però sempre il godimento degli altri; e che, all'opposto, uno può perdere tutti o in parte i diritti civili, conservando nondimeno la cittadinanza.

Digitized by Google

L'effetto di questa gravissima distinzione si manifesterà in ciò; che pochi avranno interesse a far dichiarare un italiano decaduto della sua qualità di cittadino, poichè, anche quando sia pronunciata, non lo colpisce di alcuna incapacità legale; divenuto straniero, egli avrà pur sempre il godimento dei diritti civili; e la sentenza non farà altro che togliergli il godimento dei diritti politici, ai quali non è annesso alcun risultato pecuniario. Gli è adunque nelle quistioni di diritto elettorale e in poche altre che si circoscriveranno le controversie relative alla perdita della cittadinanza.

Quando poi queste controversie vengano a presentarsi, il magistrato che sia penetrato dello spirito della nostra legislazione procederà sempre a rilento nel pronunciare la perdita della qualità di cittadino in colui che ha accettato un ufficio pubblico, civile o militare, da un Governo estero. Anzitutto, si tratta di un'eccezione al diritto di emigrare; e dev'essere quindi interpretata restrittivamente. In secondo luogo, giova riflettere che la distinzione fra impieghi governativi, comunali o privati, è una reliquia di vecchi errori e di vieti pregiudizii, che si va a poco a poco disperdendo, perchè oggimai si comincia a capire che si tratta di un contratto come un altro, in forza del quale uno presta la sua opera e ne è retribuito. Che la retribuzione venga da un Governo, da un Comune, da una Società o da un privato, poco monta: è sempre l'onesto compenso di un lavoro onestamente fatto.

Ma poichè si fa tuttavia una distinzione e si colpisce colla perdita della cittadinanza chi ha accettato un impiego governativo all'estero, ogni volta che vi sia dubbio, questo dev'essere risolto a favore del

cittadino: e tanto più dev'esserlo, quando si abbbiano elementi di fatto da cui risulti che il cittadino aveva animo di continuare a far parte della famiglia italiana.

Queste ragioni parranno forse meno decisive, se si tratta di applicarle al servizio militare sotto potenza estera: ma se si esaminano bene, si vedrà che conservano la loro forza. La maggior parte dei nomi che emersero nelle guerre nazionali cominciarono ad essere conosciuti in paesi stranieri; e non pochi generali italiani, di patriottismo intemerato, guadagnarono i loro primi gradi combattendo sotto bandiera straniera. Certo, non avevano ottenuto autorizzazione alcuna per parte dei governi costituiti allora in Italia; e le leggi che colpivano il servizio militare all'estero erano così esplicite, e assai più severe delle nostre. Nessuno ha però creduto che quei generali fossero incorsi nella privazione dei diritti civili o nella perdita della cittadinanza. Nè giova il dire che combattevano per la causa liberale; la legge non distingueva e non distingue: perchè distingueremo noi?

La conclusione è evidente; — la perdita della cittadinanza non dev'essere pronunciata contro chi ha accettato un ufficio civile o militare all'estero se non quando consti in modo indubitabile e positivo che la loro intenzione era di rinunciare alla qualità di Italiani. —

84. Della condizione della moglie di chi diviene straniero.

Si è già discorso della condizione giuridica della moglie e dei figli di colui che rinuncia alla cittadinanza di origine per acquistar quella di altro paese: e si è veduto quanto sia arbitraria la disposizione in

forza della quale è negata alla donna ogni personalità civile, ogni volontà in una quistione di tanta importanza. L'art 11 ha applicato — nè poteva far altrimenti — alla moglie dell'italiano che diviene straniero quegli stessi principii che aveva già sanciti per la donna straniera il cui marito acquista la cittadinanza italiana. Il penultimo capoverso dell'art. 11 dispone infatti che la moglie ed i figli di colui che ha perduto la cittadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel Regno, vale a dire, salvo che la moglie abbia conculcato uno dei doveri più essenziali che nascono nel matrimonio, cioè, la convivenza dei coniugi.

Si è detto, per giustificare questa disposizione, che la donna andando a marito, si disponeva a seguire il marito. Ma ciò non è esatto. Essa si maritò a un cittadino: se questi volle divenire straniero, cambiò i termini del contratto. Senza dubbio, egli era libero di rinunziare alla cittadinanza italiana, nè la moglie può o deve impedirglielo. Ma la giustizia voleva che la moglie avesse facoltà di rimanere cittadina, senza perciò essere costretta ad una separazione. Non nego che quasi sempre essa avrebbe spontaneamente adottata la cittadinanza del marito; ma ciò doveva avvenire per elezione, e non già per forza. In ogni caso, ove avesse voluto rimanere italiana, essa non si sarebbe vista nel duro bivio, o di cessar di essere moglie o di cessar d'essere cittadina.

Checchè ne sia, la legge, dura o no, ha disposto altrimenti: la moglie espia le colpe del marito, quando questi incorre per fatto proprio nella perdita della cittadinanza: e non potrà riacquistarla se non nei modi determinati dall'art. 14, di cui parlerò quanto prima.

Digitized by Google

85. Della perdita di cittadinanza per matrimonio.

Il quarto dei motivi che danno luogo alla perdita della cittadinanza è speciale alla donna; la quale diviene straniera pel solo fatto che contragga matrimonio con lo straniero.

Le ragioni fin qui svolte circa i diritti che dovrebbero essere riconosciuti alla donna il cui marito perde per fatto proprio la cittadinanza italiana non sono evidentemente applicabili a colei che, per atto di libera volontà, segue i destini dell'uomo con cui si unisce. E se potrebbe desiderarsi nei Codici una certa latitudine relativamente alla facoltà per essa di determinare nel contratto matrimoniale se intende rimanere italiana o divenire straniera, tuttavia, poichè (come s'è già veduto quando si parlò della straniera che diviene cittadina pel matrimonio) una tale facoltà è generalmente negata dalla legislazione di tutti gli Stati, è chiaro che la donna italiana deve rassegnarsi a perdere la propria cittadinanza; tanto più che essa non si trova nella condizione di chi subisce per forza un destino non voluto, ma sa perfettamente quali sono le conseguenze dei propri atti.

86. Delle restrizioni che accompagnano la rinuncia alla cittadinanza.

Il legislatore, entrato nella via delle riforme richieste dal progresso dei tempi, ha cancellato ogni vincolo servile dell'uomo alla terra: ha parificato lo straniero al cittadino nel godimento dei diritti civili;

Digitized by Google

ma non ha osato andare più in là, e applicare tutte le conseguenze dei principii che ha accettati. Infatti, dopo aver riconosciuto il diritto di chiedere una patria al paese dove spesso si è spinti dalla più dura necessità, egli fa una restrizione assai grave all'esercizio di questo diritto. Infatti l'art. 12 dispone che la perdita della cittadinanza nei casi espressi dall'art. 11 non esime dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porti le armi contro la patria. L'art. 21 del Codice Napoleone è meno severo, poichè esso non accenna all'obbligo della leva, e solo riserva le pene contro chi porta le armi contro la Francia.

Si capisce il sentimento che dettò quest'ultima disposizione. Può la fredda ragione vedervi una contraddizione col diritto che è riconosciuto a ciascuno di cercare una patria straniera; — può osservarsi che il cittadino divenuto straniero, è obbligato a subire gli oneri della nuova patria, compreso quello del servizio militare in tempo di guerra e in tempo di pace, e che quindi non è imputabile di un fatto in cui la sua volontà può non aver avuto parte alcuna; poichè, chi adotta una patria, ignora quali guerre essa può fare, e con chi: — può aggiungersi che si viola un principio generale di diritto delle genti, in forza del quale chi combatte come soldato nelle file di un esercito regolare, è coperto dalla bandiera, e se cade prigioniero, deve godere di tutti i diritti che proteggono il prigioniero di guerra. Nessuno disconosce la forza di questi argomenti; ma la ragione cede il luogo al sentimento; e chi porta le armi contro la patria sarà sempre oggetto di aperta esecrazione: per cui l'art. 12 risponde, per questo lato, alle esigenze della coscienza pubblica.

Ma non si può dire altrettanto dell'obbligo della

Digitized by Google

leva, mantenuto a carico di chi ha perduta la cittadinanza italiana; e infatti sono assai pochi i Codici che contengono una simile disposizione. So quel che si dice per ispiegarla: e le relazioni Pisanelli e Vigliani sono esplicite: — si devono mantenere incolumi gli interessi militari dello Stato: — non si può permettere che uno, per evitare gli oneri della leva, rinunci alla cittadinanza. Ed è appunto questo il motivo che dettava l'art. 7 della legge 20 marzo 1854 sul reclutamento militare.

In che consiste l'onere del servizio militare? Nell'obbligo che hanno i cittadini di provvedere alla difesa interna ed esterna del loro paese. Non si prendono le armi per un principio astratto, ma per un oggetto positivo; si vogliono mettere le persone ed i beni al riparo d'ogni pericolo: questa, e non altra, è la ragione d'essere della forza pubblica. È una specie d'imposta con cui il cittadino assicura il buon andamento della cosa pubblica e paga i beneficii che egli tragge dal consorzio sociale.

Ma quando egli rinuncia alla qualità di cittadino ed ai beneficii che ne derivano, perchè obbligarlo ad averne gli oneri? Non è una contraddizione? Dal momento che si perde la cittadinanza, si diviene stranieri; perchè la nuova qualità non deve produrre i suoi effetti? Perchè si fa una distinzione arbitraria fra straniero d'origine e straniero divenuto tale per naturalizzazione?

Non è serio il timore che, cancellando il disposto dell'art. 12, moltissimi rinuncierebbero alla qualità di cittadini, per evitare l'onere della leva, e così si metterebbero a repentaglio gli interessi militari del Regno. È questa un'accusa così formidabile e così ignomi-

Digitized by Google

niosa contro il patriottismo degli italiani che non poteva, non doveva essere neppure pensata; perchè la storia di mezzo secolo, e sopratutto quella degli ultimi avvenimenti, protesta contro di essa. Nel 1859 come nel 1866 si sono veduti a migliaja i giovani accorrere, attraverso pericoli e sacrificii, non per fuggire la leva, ma per farsi inscrivere nelle file dei combattenti. — Che se vi fosse realmente qualcheduno il quale, per evitare la leva, rinunciasse alla cittadinanza italiana, si tratterebbe di così miserabile uomo che il perderlo sarebbe ancora un acquisto.

Ad ogni modo, la legge ora è chiara; e dev'essere eseguita: e se si può far voto perchè sia riformata, le sue disposizioni sono imperative, e si applicano a chiunque perda la cittadinanza italiana, qualunque sia il motivo: e il violarla fa incorrere nelle pene minacciate tanto del Codice penale ordinario quanto dalle leggi militari del Regno.

87. Del riacquisto della cittadinanza.

La legge, agevolando e regolando le condizioni con le quali si può cessar d'essere cittadini italiani, ha esplicitamente riconosciuto questo diritto. Non poteva dunque, senza una vera contraddizione, punire l'esercizio di un diritto guarentito: se avesse resi irrevocabili gli effetti della perdita della cittadinanza, se avesse sollevata una barriera eterna fra il cittadino divenuto straniero e il suo paese natio, essa avrebbe realmente stabilita una pena contro colui che si fosse prevalso delle disposizioni contenute nell'art. 11, specialmente delle due prime, che riconoscono nel modo più formale il diritto di emigrare.

Digitized by Google

La facilità adunque con cui la legge, dopo aver permesso la rinuncia alla cittadinanza, ne consente il riacquisto, non è — come si afferma nella relazione senatoria — un atto di materna benignità, con cui « la patria accoglie indulgente i figli che al suo seno fanno ritorno (pag. 15) ». La frase è commovente, ma non è esatta. Non è la generosità del legislatore, bensì la logica del diritto che esige l'agevolazione del riacquisto della cittadinanza nativa. Dal momento che si è respinto il concetto che gli uomini siano perpetuamente legati alla gleba, questo non dev'essere più applicato all'interno, nè all'estero. E ove si dicesse al cittadino divenuto straniero: — tu farai parte per sempre del paese in cui ti trovi — si rimette precisamente in vigore quel sistema feudale che si diceva di voler cancellare dalle nostre leggi.

Le condizioni necessarie pel riacquisto della cittadinanza sono indicate dall'art. 13. Il cittadino che intende ricoperare la qualità perduta deve 1.° rientrare nel Regno con permissione speciale del Governo; e se già vi si trova, domandarla egualmente; 2.° rinunciare alla cittadinanza straniera, all'impiego, al servizio militare accettati in paese estero; 3.° dichiarare davanti all'ufficiale dello stato civile di fissare, e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel Regno. — Queste condizioni devono essere adempite, perchè devono tutte concorrere; i tre numeri dell'art. 13 sono cumulativi.

Appena occorre notare che la permissione governativa per rientrare e dimorare nel Regno s'intende che sia necessaria solamente per colui il quale si propone di riacquistare la cittadinanza, e dimostrare col fatto constatato della residenza autorizzata nel Regno che egli vuole adempire le condizioni richieste per

Digitized by Google

ridivenire cittadino. Ogni altro cittadino divenuto straniero può andare e venire, risiedere nel Regno ed uscirne, senza che vi sia bisogno di autorizzazione di sorta.

Vi sono poi alcune condizioni speciali pel riacquisto della cittadinanza, che concernono la moglie e i figli del cittadino divenuto straniero, e la donna che si è maritata con uno straniero.

La moglie di colui che ha perduta la cittadinanza e la donna che ha sposato uno straniero, ricuperano la qualità di cittadine, rimanendo vedove, purchè risiedano nel Regno, o vi rientrino, e dichiarino in amendue i casi davanti l'ufficiale dello Stato civile di volervi fissare il proprio domicilio (art. 11, 14). Così pure la cittadina divorziata all'estero, o quella il cui matrimonio venne annullato.

Ma la moglie che, dopo aver seguito il marito divenuto straniero, lo abbandona, rientra sola nel Regno e vi si stabilisce, può essa godere del beneficio accordatole dall'art. 11, secondo il quale rimane cittadina « se *continua* a tenere la sua residenza nel Regno? » O il periodo di tempo più o meno breve passato all'estero le toglie questo diritto? — La soluzione del quesito dipende dal senso che si dà al vocabolo *continua*. Se lo s'interpreta in senso stretto, che, cioè, la donna non debba mai essere uscita dal Regno col marito, senza dubbio, basta che sia stata fuori un giorno perchè essa abbia irrevocabilmente perduta la cittadinanza. Ma se, come io consiglierei, si dà a questo vocabolo un senso più lato, io credo che l'uscita temporanea della moglie dallo Stato non dovrebbe produrre effetti così fatali, tanto più quando si pensi all'obbedienza che essa dovea al marito, all'obbligo impostole dalla legge (art. 131) di accompagnarlo do-

Digitized by Google

vunque egli vada. Dovrà essa espiare l'adempimento di un dovere colla perdita della cittadinanza? Parmi adunque che dovrebbe intendersi aver *continuato* a risiedere nel Regno la moglie che, dopo una breve dimora all'estero per accompagnarvi il marito, sia ritornata. Lo spirito della legge è favorevole alla donna che perde la cittadinanza per matrimonio, o pel fatto del marito; gliela rende appena sciolto il matrimonio: perchè adunque non si adotterà un'interpretazione più pietosa e più equa che le mantenga la cittadinanza? *Odia sunt restringenda, favores ampliandi;* è un precetto di diritto e di morale.

Quanto ai figli, negli articoli 6 e 11 è determinato il modo con cui possono ricuperare la cittadinanza che avessero perduta nella loro minore età, pel fatto dei genitori. Basta che essi o ne facciano dichiarazione entro l'anno dell'età maggiore, e risiedano nel Regno — o accettino qualche ufficio pubblico, civile o militare — o abbiano soddisfatto in qualche modo all'obbligo della leva. Se però sono rimasti nel Regno quando il padre ha perduta la cittadinanza, si reputa che l'abbiano conservata sempre.

Ma quando cominciano gli effetti dell'acquisto e del riacquisto della cittadinanza? A ciò risponde l'art. 15, concepito nei termini seguenti: « l'acquisto e il riacquisto della cittadinanza nei casi precedentemente espressi, non ha effetto se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite ». — Con questo articolo è troncata ogni controversia sull'epoca a cui risale il possesso della qualità di cittadino, sia che si tratti di acquisto come di riacquisto: la legge non fa distinzione alcuna — e applica il principio della non retroattività in tutta la sua pienezza.

LEZIONE XIV.

DEL DOMICILIO CIVILE E DELLA RESIDENZA

---

88 Del domicilio in generale.

Il domicilio, inteso nel suo senso giuridico più complesso, è il rapporto stabilito dalla legge fra la persona ed il luogo in cui essa esercita la maggior parte de' suoi diritti. Ciò non vuol già dire che li esercita solamente nel luogo del domicilio, poichè il godimento dei diritti civili produce i suoi effetti in qualsiasi parte dello Stato; significa soltanto che il luogo del domicilio è quello in cui ordinariamente si accentrano i nostri affari e quindi si ha l'occasione di esercitare i propri diritti. Il domicilio non è dunque una finzione della legge; questa non fa altro che raccogliere gli elementi generali da cui si desume un fatto, cioè, l'abitazione permanente e notoria di una persona in un luogo determinato, in cui compie gli atti ordinarii della vita civile. Tale difatti è il senso dell'art. 16, quando dice che « il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui ha la sede principale de' proprii affari ed interessi » Col secondo alinea dell'articolo stesso si definisce la residenza, col dire che

Digitized by Google

essa è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.

Il legislatore si è presso a poco limitato a ripetere, con linguaggio più conciso, la nozione che il diritto romano ci dà del domicilio e della residenza. La L. 7.ª (Cod. *de Inc.*) stabilisce che ciascuno ha il suo domicilio dove ha collocato la sede della sua vita domestica, de'suoi affari o del suo patrimonio; o con più precisione, dove si è stabilito in modo così durevole che non se ne allontana se non quando un motivo lo chiama altrove; quando ne è partito, si considera che sia in viaggio; e quando vi ritorna, si dice di lui che ha cessato di viaggiare. *Eo in loco singulos habere domicilium non ambigitur ubi quis larem, rerumque et fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde, cum profectus sit peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari iam destitit.*

In questo stesso senso diceva il giurisconsulto Giuliano doversi considerare domiciliato in una città colui che ne fa il centro di tutte le sue imprese, vi stringe tutti i suoi contratti, vi frequenta la piazza pubblica, vi gode, in una parola, di tutti i vantaggi inerenti al diritto di Municipio, quando anche di tempo in tempo i suoi affari l'obbligassero a dimorare alla campagna (L. 27, *ff. ad munic.*).

Gli autori del nostro Codice hanno fatta a sè stessi la domanda che già si era presentata agli autori del Codice Napoleone; se, cioè, il titolo del domicilio non dovesse essere riportato al Codice di procedura civile, tanto più che le controversie a cui dà luogo il domicilio sono quasi sempre relative ad atti di procedura. Ma gli stessi motivi che decisero il le-

Digitized by Google

gislatore francese a introdurlo nel Codice civile indussero i nostri ad imitarlo. « La legge, ha detto il relatore del Senato, nell'attribuire diritti e nell'imporre doveri ai cittadini, ha sentito il bisogno di determinare il luogo dove ogni cittadino esercita i suoi diritti e deve adempire i suoi doveri. Questo luogo è il domicilio, il quale è politico o civile, secondo che si referisce all'esercizio dei diritti politici o dei diritti civili. Il domicilio civile suole servir di base al politico, e di esso solo (del primo) si occupa la legge civile (pag. 19). » E il Pisanelli nota con ragione, che se il domicilio serve a determinare la competenza e la giurisdizione, importa anche per molti altri fatti che si attengono strettamente alle leggi civili. Così il domicilio è punto principale nella materia dell'assenza (art. 20): esso determina quale sia l'uffiziale civile competente per la celebrazione del matrimonio (art. 93), quale sia il luogo in cui si devono fare le pubblicazioni (art. 71): il domicilio dei genitori fissa il luogo nel quale si apre la tutela dei figli minori (art. 249): l'uffizio in cui si debbono registrare certi atti dello Stato civile (art. 350, 352 e seg.): il luogo ove si apre la successione (art. 923): esso ha finalmente una stretta connessione con la materia delle obbligazioni e con quella delle ipoteche (art. 1249, 1261, 1987 e seg., ec.).

La legge sul domicilio, osserverò col Demolombe (338) è nel suo principio e ne' suoi effetti una legge di ordinamento civile, e doveva essere collocata nel primo libro, consacrato alla classificazione giuridica delle persone. Sarebbe stato inutile dividere il paese in diverse circoscrizioni territoriali, se queste non si componessero di una certa aggregazione di persone, chiamate, a così dire, a essere più specialmente gover-

nate nel distretto di ciascuna di esse, e ad esercitarvi certi diritti, a riconoscere la competenza e la giurisdizione di diverse autorità amministrative e giudiziarie che vi sono instituite. Questa aggregazione di persone si forma e si manifesta per mezzo del domicilio, collo stabilimento di ciascuno in un luogo determinato.

Il domicilio adunque è una realtà fondata sulla natura delle cose; e la legge, regolandone le condizioni, non fa altro che appoggiarsi sui fatti; e sono fatti gli istinti naturali e migliori che ci legano ad un luogo, le influenze e gli affetti della famiglia, di proprietà, di lavoro e di abitudini che creano fra noi e il domicilio una specie di relazione morale. ***Domus tutissimum cuique refugium, atque receptaculum,*** dicevano le leggi romane (*D. de in jus voc.* L. 18). — E lo Statuto (art. 27) traduce in precetto legislativo il testo di Gajo, proclamando appunto l'inviolabilità del domicilio.

Chiarita così la necessità di determinare il domicilio civile, importa ora di ricercare: 1.° quali ne sono gli elementi costitutivi; 2.° se si possono avere più domicili, o si può non averne nessuno; 3.° quali sono le persone che hanno facoltà di eleggere esse stesse il loro domicilio e come si provi il cambiamento; 4.° quali sono le persone di cui la legge determina essa stessa il domicilio; 5.° quali sono gli effetti generali del domicilio; 6.° su che si fonda la distinzione fra domicilio civile e domicilio politico?

Le quistioni qui indicate concernono, non occorre dirlo, soltanto il domicilio ordinario; ma, indipendentemente da questo, ciascuno può scegliere in altri luoghi, all'interno come all'estero, uno o più domicilii accidentali, per certi affari determinati: di questo domicilio elettivo sarà parlato più oltre.

89. Degli elementi costitutivi del domicilio.

Se è cosa facile indicare gli elementi generali del domicilio, si presentano però non poche difficoltà quando si tratta di venire all'applicazione: la stessa definizione che ne dà l'art. 16 è, in realtà, insufficiente a spiegare cosa si debba intendere per « sede principale dei propri affari ed interessi ». E gli annali giudiziarii continueranno ad essere pieni di decisioni relative alla controversia sui segni distintivi del domicilio.

Si possono nondimeno indicare alcuni dei caratteri e segni distintivi del domicilio, i quali serviranno di criterio e di guida per giungere alla constatazione del fatto, quando, ben inteso, manchi la prova legale che risulta dalla dichiarazione fatta dinanzi all'ufficiale dello stato civile.

Il primo e il più semplice è quello che risulta dalla dimora notoria di una persona nel luogo stesso in cui ha il centro dei propri affari; *domicilium* ha la sua radice in due parole significative, *domum, colere;* e qui troviamo l'etimologia in pieno accordo col fatto: v'è di più la *rerum ac fortunarum summam;* questo è il domicilio civile nel vero senso della parola.

Anche l'origine ha la sua influenza sulla determinazione del domicilio. Infatti, quando mancano le prove del luogo in cui uno abbia stabilito il suo domicilio, o del cambiamento che ne abbia fatto, allora si presume che abbia conservato quello d'origine. La legge dichiara che il minore ha per domicilio suo quello del genitore; venuto a maggiorità, se non consta che se ne sia costituito uno proprio, presume che abbia conservato il domicilio paterno.

Digitized by Google

Lo stabilimento permanente della famiglia in un luogo, dove il capo di casa lascia abitualmente la moglie e i figli, anche se per ragioni d'impiego, d'affari o altro egli risieda abitualmente altrove, deve essere considerato, fino a prova contraria, come elemento decisivo della fissazione del domicilio.

Altra prova evidente e incontestabile sono i contratti e gli atti, di qualsiasi genere, emanati da una persona: la quale dichiari in essi che è domiciliata in tal luogo, quando — s'intende — non si tratti in modo preciso di domicilio elettivo.

Anche l'esercizio dei diritti elettorali, tanto amministrativi come politici, quando la persona non ha separato il suo domicilio politico dal domicilio reale è utilissima guida per indicare quest'ultimo.

Il luogo del pagamento delle imposte, specialmente di quella sulla ricchezza mobile, è un criterio gravissimo per la determinazione del domicilio: e l'art. 10 della legge 14 luglio 1864 stabilisce in termini precisi il rapporto fra il luogo del pagamento e quello del domicilio: « l'imposta sui redditi è dovuta per regola nel Comune ove l'individuo ha la sua principale abitazione, o l'ente morale la sua sede. Il cittadino che dimora all'estero, per regola, deve l'imposta in quel Comune nel quale aveva la sua principale abitazione ».

Lo stesso articolo fornisce un'indicazione che non è senza peso per determinare in alcuni casi il domicilio civile dello straniero: ove non abbia nello Stato un'abitazione principale, si considera per sua dimora il luogo ove il reddito è prodotto.

Il luogo in cui si fa il servizio della guardia nazionale, senza provare in modo decisivo il domicilio,

Digitized by Google

è però un utile criterio per conoscerlo, quando non vi sieno prove contrarie (Demolombe, 345).

Tali sono gli elementi principali che possono guidare il Magistrato nella determinazione del domicilio. Non è necessario che siano tutti riuniti, nè che debbano essere considerati per singoli: è dal loro complesso, dalle circostanze che li accompagnano che si può dedurne la prova del domicilio civile d'una persona. Si deve poi tener conto della professione, delle condizioni particolari e delle abitudini personali di ciascuno (*L.* 27, 1, *ff. ad Municip.*).

La maggior parte dei Codici contengono disposizioni speciali relative al domicilio degli impiegati pubblici e delle persone di età maggiore che servono o lavorano abitualmente in casa altrui. Quanto agli impiegati, il progetto senatorio disponeva infatti che essi serbassero il loro primo domicilio, quando non abbiano manifestato un'intenzione contraria: e quanto agli operai o persone di servizio dimoranti presso la persona per cui lavorano, il loro domicilio sarebbe stato quello stesso della persona che li impiega. Il Cod. Nap. contiene infatti analoghe disposizioni. Ma i due articoli del progetto senatorio furono con ragione eliminati, non essendovi ragione per cui dovesse farsi un'eccezione al diritto comune, sia in favore sia a danno di una classe di persone: impiegati, operai e domestici sono soggetti, in materia di domicilio, alla stesse regole cui obbediscono tutti gli altri cittadini.

90. Della residenza e della dimora.

Le controversie più gravi che si dibattono nella quistione del domicilio sono quelle che vertono sul-

Digitized by Google

l'unità o sulla pluralità del domicilio. Si possono formolarsi così: 1.° si possono avere due o più domicili? 2.° si può non aver domicilio alcuno? — Ma prima di procedere oltre, è mestieri chiarir bene la distinzione da farsi tra domicilio, residenza, dimora ed incolato.

Ciò che s'intenda per domicilio, è già stato significato. Il secondo capoverso dell'art. 16 ci definisce la residenza, dicendo che essa è nel luogo in cui una persona ha la sua dimora abituale. Così il domicilio implica sempre più o meno la residenza; questa invece non lo rappresenta, se non in mancanza di prove per determinarlo.

Un esempio ordinario spiegherà la distinzione. Molti negozianti o impiegati hanno la sede principale dei loro affari in città, ma abitano tutto l'anno in campagna, o almeno in un Comune diverso da quello in cui hanno la sede degli affari: è chiaro che il loro domicilio sarà nella città, e la residenza fuori, quando anche vi abbiano la loro famiglia: e ciò sino a prova contraria.

La dimora si distingue dalla residenza in questo, che la residenza implica l'abitazione abituale e permanente, mentre per dimora s'intende il fatto di colui che trovasi di passaggio in un dato luogo, per esempio, in un albergo: e quando pure vi venisse abitualmente più volte l'anno, pure ciò non basterebbe ancora a darle il carattere di residenza. Nell'ordine civile si ha dunque; 1.° il domicilio; 2.° la residenza; 3.° la dimora.

Queste distinzioni sono fatte con molta esattezza nell'art. 90 del C. di proc. Civ., il quale dispone: « l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si propon-

gono davanti l'autorità del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza. Se il convenuto non ha domicilio o residenza conosciuta, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui esso dimora ».

Con queste disposizioni la legge non dice già che si possa non avere domicilio: ma solo che, in mancanza di domicilio noto, essa si rivolge al domicilio presunto: e la residenza come la dimora acquisteranno, nei casi indicati, il carattere e gli effetti del domicilio.

91. Dell'unità di domicilio.

Si agita ancora la quistione se si possano avere più domicilii. Che in diritto romano fosse possibile, non v' è dubbio di sorta: i testi sono precisi ed espliciti: *Viris prudentibus placuit,* dicea la L. 6, 2, ff. *ad Municip., duobus locis posse aliquem habere domicilium si utrobique ita se instruxerit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.* — E Paolo: *Labeo iudicat eum qui pluribus locis ex aequo negotietur nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse aut domicilium habere;* QUOD VERIUS EST *locis* (*L.* 5, *ff. ad municip*).

Il nostro Codice invece, se non esplicitamente, almeno implicitamente ammette l'unità giuridica di domicilio; e così risulta da tutte le disposizioni non solo delle leggi civili, ma anche delle commerciali e delle penali.

Le ragioni per cui l'unità del domicilio è considerata come una conseguenza dei principii generali di diritto; — sono l'interesse delle persone, la cui condizione civile è intimamente collegata alla determinazione del luogo nel quale esercita la maggior parte de'suoi

Digitized by Google

diritti: — l'interesse dei terzi: — il diritto dello Stato di conoscere il domicilio dei cittadini, per le mille occasioni che si presentano in cui è necessario sapere dove rintracciare une persona (imposte, servizio del Giurì, guardia nazionale, ec.).

Si è chiesto se non era conveniente stabilire con un testo preciso l'unità del domicilio: ma gli autori del Codice credettero inutile farlo, osservando con Toullier che le parole della legge escludono ogni equivoco. Che dice infatti l'art. 16, conforme presso a poco all'art. 102 del C. Nap.? Che il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha « la *sede principale* dei proprii affari ed interessi ». Cio che è *principale* è *uno*, e non può essere che uno.

È ben vero che il dubbio può sempre sorgere, come già notai, sulla nozione precisa della *sede principale*. Può avvenire che una persona risieda alternativamente in due diverse città, in ciascuna delle quali ha casa montata; oppure, trattandosi di un negoziante, può avere due case di commercio, di eguale importanza in due luoghi diversi. Come farete a decidere quale delle due case è la principale? Certamente, l'ipotesi è frequente, specialmente pei commercianti. Ma non per ciò parmi che si debba conchiudere alla pluralità dei domicilii. Nel dubbio si ha anzitutto il criterio che ci fornisce il domicilio d'origine: e in ogni modo, si ricorre all'esame di tutti quei caratteri e segni più innanzi indicati, da cui si possa dedurre con fondamento quale è veramente la sede principale.

Si è espresso il timore che l'unità obbligatoria del domicilio possa dar luogo ad inconvenienti non lievi, a danno specialmente del commercio. Ma la facoltà concessa con l'art. 19 di eleggere un domicilio

Digitized by Google

speciale per certi affari od atti evita la maggior parte degli inconvenienti temuti; e quanto ai commercianti il Codice di procedura speciale ha provveduto con gli articoli 90 e 91 col determinare norme speciali di competenza. Si è adunque conciliato il principio dell'unità del domicilio colla protezione di tutti gli interessi che potevano esigere la pluralità.

Che non si possa avere più di un domicilio civile è fuori di questione; ma in un altro ordine d'idee, e in senso inverso, può egli avvenire che una persona non abbia domicilio alcuno? In diritto romano, si ammetteva non solo la possibilità di avere più domicili, ma anche quella di non averne alcuno. Ulpiano (L. 27, 2, *ad Munic.*) dichiara bensì che questa seconda ipotesi è meno facile della prima; ma credeva che an. che quella potesse talora verificarsi: *difficile est sine domicilio esse quemquam; puto autem et hoc procedere si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quoerens quo se conferat, atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse.*

Nel nostro diritto però questa massima è interamente abbandonata: e nel modo stesso che non si ammette la pluralità dei domicili, così si esclude ogni idea che alcuno possa essere senza domicilio. Il minore ha, fino alla maggiore età o all'emancipazione, il domicilio dei genitori o del tutore: maggiore o emancipato, lo conserva finchè non lo abbia cambiato (V. Pothier, *Intr. gen. aux cout.* 12). Nessuna delle nostre leggi allude alla possibilità di non aver domicilio; e lo stesso Codice penale, che punisce il vagabondaggio, dichiara di aver per tali, non quelli che sono privi di domicilio, ma « coloro i quali non hanno *domicilio certo* (art. 436) ». La legge sulla Pubblica Si-

Digitized by Google

curezza determina essa stessa le condizioni di domicilio del vagabondo (articoli 74, 75 e 76).

Ma può avvenire realmente che si ignori nel modo più completo il domicilio d'origine di uno, o che l'ignori egli stesso: poniamo il caso di un comico ambulante, di un merciaiuolo girovago, o altro individuo dello stesso genere, che vive, andando di città in città; che forse non ne ha mai avuto; essendo probabilmente nato in un albergo, da genitori vagabondi Qui, nota giustamente il Demolombe, il domicilio d'origine è di poco aiuto. Manca perfino il fatto della residenza per servire di criterio. Si può dire che qui si verifica il caso della mancanza di domicilio?

Ho già detto poc'anzi, a proposito dell'art. 90 del C. di Pr. Civ. che questa difficoltà è felicemente risolta dalla prescrizione della legge, che dà il carattere e gli effetti del domicilio alla dimora: chi non ha sede ferma, non può dolersi se la legge riempie una lacuna, e vede il domicilio nella dimora.

Se però avvenisse che anche la dimora fosse così mobile, così incerta da non essere possibile di coglierla un istante, allora parmi che bisognerebbe ricorrere agli articoli 105 e 106 del C. di Pr. Civ. relativi agli stranieri; tanto per la citazione come per la competenza dell'autorità giudiziaria. E ove, nella stessa ipotesi, si dovesse fissare il luogo di apertura d'una successione, allora è il caso di applicare il principio di diritto romano, secondo il quale la successione si apre nel luogo dov'è la parte maggiore dei beni ereditari (L. 50 *pr.* L. 52, 3, *ff. de Judic.*). Ma se ciò fosse difficile a determinare, e sorgessero controversie, allora, ò vi è un solo erede; e le azioni devono essere portate al domicilio dell'erede; o ve ne sono diversi, e allora si

porteranno invece al domicilio di uno di essi, a scelta dell'attore.

Può un italiano, rimanendo cittadino, portare il suo domicilio all'estero, di maniera da non averne più alcuno nel Regno? Senza dubbio: nessun testo di legge lo vieta: egli sarà soggetto alle regole ordinarie della procedura in ciò che riguarda gli stranieri.

92. Del cambiamento di domicilio.

Nessun articolo di legge parla di acquisto o di perdita di domicilio, per la ragione sopra indicata, che non si ammette che alcuno possa esserne o divenirne privo. Ma si riconosce il diritto di trasferirlo da un Comune ad un altro: « il trasferimento della residenza in un altro luogo, così l'art. 17, coll'intenzione di fissarvi la sede principale, produce cambiamento di domicilio. — Tale intenzione si prova colla doppia dichiarazione fatta all'ufizio dello Stato civile del Comune che si abbandona e a quello del Comune in cui si fissa il domicilio, o con altri fatti che valgono a dimostrarla ».

Il principio da cui bisogna muovere è quello già accennato, vale a dire, che ciascuno, finchè non faccia prova di domicilio proprio e distinto, si presume abbia conservato il domicilio d'origine; per cui il cambiamento deve risultare da uno degli elementi indicati dall'art. 17. — Ma chiunque sia maggiore, o emancipato, o padrone di sè, può cambiare il domicilio, secondo che glielo consigliano i suoi interessi ed anche i suoi capricci. *Nihil est impedimento, quominus quis, ubi velit, habeat domicilium, quod ei interdictum non sit* (L. 31, ff. *ad Munic.*).

Digitized by Google

Ma il cambiamento di domicilio non ha effetto se non è conforme alle condizioni determinate dalle leggi, le quali tendono in sostanza a constatare in modo positivo la realtà del cambiamento; o, come dice l'art. 17, a dare la prova dell'intenzione di chi lo fa. Le condizioni adunque che si richiedono per formare questa prova sono due: l'una che è legale e definitiva; vale a dire, la doppia dichiarazione al Comune che si abbandona e a quello in cui si va a dimorare, e l'altra, più dubbia, e a cui si ricorre soltanto quando manca la prima, che consiste in un complesso di fatti i quali dimostrino l'intenzione di cambiare il luogo del domicilio.

La prova che risulta dalla doppia dichiarazione richiesta dall'art. 17 è completa e produce tutti i suoi effetti, anche quando la residenza e la dimora siano in aperta opposizione. Ciò che la legge domanda è che si sappia dove trovare un individuo, qual è la sua sede ordinaria, il luogo che lo supplisce per tutte le notificazioni d'atti che gli devono essere fatti. Se dalla diversità fra la residenza e il domicilio derivano inconvenienti, questi devono rivolgersi a danno di colui solo che le ha dato luogo. La forza probante della duplice dichiarazione di domicilio non può essere distrutta da probabilità o da presunzioni, ma solamente da una dichiarazione posteriore dello stesso carattere.

Due sole osservazioni occorre fare circa il cambiamento di domicilio che sia seguito con la doppia dichiarazione: — la prima che il cambiamento non è operato di fatto se non quando le due dichiarazioni sono state effettivamente eseguite: nell'intervallo fra la prima e la seconda il domicilio rimane sempre fisso nel primo Comune: — e la seconda che, ove il cam-

Digitized by Google

biamento sia fatto da commercianti, si tratti d'individui o si tratti di società, è principio ormai costante di giurisprudenza, che il domicilio non può essere cambiato a pregiudizio dei creditori; e che a rendere il cambiamento operativo ed efficace rimpetto ai terzi, è necessario che venga ad essi notificato, o che, per lo meno, si faccia registrare alla segreteria del tribunale di commercio tanto del luogo che abbandona come di quello del luogo in cui si trasferisce. I danni che possono venire dalla inesecuzione di questo obbligo devono pesare su di loro. (Vedi la bella sentenza della Cassazione di Milano, ora Torino, 25 luglio 1865).

Quali poi siano le circostanze che possano servire di guida onde constatare il cambiamento di domicilio in mancanza di dichiarazione regolare, l'ho detto più innanzi, quando ho presi ad esaminare i caratteri e i segni distintivi del domicilio. Aggiungo solamente che la legge non subordina il cambiamento del domicilio a nessuna condizione di durata, neppure pel godimento dei diritti elettorali (*Legge elettorale art.* 16, 17. — *Legge comunale e provinciale, art.* 19).

Quando però si tratta di supplire con l'esame dei fatti alla dichiarazione richiesta dall'art. 17, ciò che la legge domanda si è che il trasferimento della sede principale dei propri affari da una sede all'altra, risulti dai due elementi essenziali; l'intenzione ed il fatto: l'uno isolato e distinto dall'altro non basta a produrre gli effetti di un cambiamento di domicilio: per cui, come osserva il Demolombe, due delle regole più importanti del possesso si trovano applicabili al domicilio. Infatti, 1.° il possesso legale, il possesso civile non si acquista che colla riunione dell'intenzione e del fatto; *corpore et animo, neque per se corpore,*

Digitized by Google

neque per se animo (L. 3, 1, ff. de adq. vel amitt. poss.): ci vuole quindi il fatto, o, in generale, l'occupazione, ci vuole l'intenzione, cioè, la volontà di avere per sè la cosa, di conservarla, non già per un tempo, nè precariamente, come il colono, come il depositario, ma, al contrario, per appropriarselo definitivamente; e questa è l'intenzione che caratterizza lo stabilimento di domicilio, l'intenzione della persona che adotta un luogo per fissarvisi e dimorarvi. 2.° Il possesso, una volta acquistato, si conserva colla sola intenzione; *solo animo retinetur* (L. 4, C. *de adq. vel retin. poss.*). E si conserva il domicilio, distinto e indipendente dalla residenza.

Un'ultima osservazione da farsi tutta speciale alle grandi città, è che quando uno trasferisce la sua dimora da una sezione all'altra dello stesso Comune, farà bene a farne dichiarazione all'ufficio municipale, onde evitare gli inconvenienti che potrebbero venirgli per la diversità delle circoscrizioni giudiziarie, cioè, delle preture, e delle circoscrizioni elettorali, tanto per la nomina dei consiglieri provinciali come per quella dei deputati.

93. Delle persone di cui la legge stessa determina il domicilio.

Il possesso di domicilio implica un rapporto di diritti: per cui chi non è capace ed autonomo, non può avere realmente un domicilio proprio. E tale è la condizione giuridica della donna maritata, del minore non emancipato e del maggiore interdetto.

La legge stessa s'incarica di determinare il loro domicilio: infatti l'art. 18 dispone che 1.° la moglie

Digitized by Google

che non sia legalmente separata ha il domicilio del marito: 2.° che divenendo vedova lo conserva, finchè non ne abbia acquistato un altro: 3.° che il minore non emancipato ha il domicilio del padre, o della madre o del tutore: 4.° che il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore. Esaminiamo queste diverse specie di domicilio di diritto.

1.° La moglie, così l'art. 131, segue la condizione civile del marito, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza: l'art. 18 non è adunque che una sanzione più completa dell'art. 131: e l'uno e l'altro ripetono una disposizione precisa delle leggi romane (L. 38, *ff. ad Municip.* — L. 65, *ff. de Judic.* L. 5, *ff. de rit. nupt.*) adottata da tutti i Codici. La presunzione stabilita dagli articoli 18 e 131 è assoluta, ed esclude ogni prova contraria, dedotta sia dall'intenzione sia dai fatti. Nessuna convenzione col marito può autorizzare la moglie ad avere un domicilio distinto da lui. E se anche la moglie facesse per sè la doppia dichiarazione richiesta dall'art. 17, questa non produrrebbe per lei effetto di sorta.

La sola eccezione che fa la legge è quella che deriva dalla separazione legale: dinanzi a questo fatto cede ogni presunzione; e la moglie può avere un domicilio distinto da quello del marito: ma finchè non lo abbia acquistato, essa, come la vedova, conserva ancora il domicilio coniugale. Ben inteso che, siccome la separazione non mette fine alla potestà maritale, malgrado la diversità dei domicilii, quando si tratti di questioni che eccedano la semplice amministrazione, la moglie separata dev'essere citata tanto al proprio domicilio che a quello del marito (C. di pr. civ. art. 136).

Digitized by Google

S'intende però che quest'obbligo cessa quando la separazione fu pronunciata contro il marito; (art. 135): nel quale caso la moglie non essendo più soggetta all' autorizzazione materiale per gli atti indicati nell'art. 134, le citazioni che la riguardano debbono essere fatte a lei direttamente, perchè allora la diversità di domicilio produce tutti i suoi effetti.

La regola però dell'unità del domicilio dei coniugi subisce alcune restrizioni volute dalla necessità delle cose.

Anzitutto, quando il marito è assente, e che la madre assume la patria potestà, allora è la moglie che determina il domicilio (art. 46, 220): — la moglie non legalmente separata è tutrice di diritto del marito interdetto; in questo caso essa non è domiciliata presso il marito, ma il marito presso di lei. — Finalmente, non può negarsi che la moglie autorizzata a fare un commercio separato non si trovi per ciò solo in facoltà di avere un domicilio proprio per gli atti del suo commercio. (*Codice di commercio* articoli 7, 8 e 9).

2.° In diritto romano, la moglie divenuta vedova, conservava il domicilio del marito, e non lo cambiava se non passando a nuove nozze (L. 22, I, *ff. ad Municip.*). Non godendo che una piccola parte di diritti civili, non le si supponeva una personalità propria e distinta. L'articolo 18 è più equo: dispone bensì che la vedova conserva il domicilio del marito, ma solo finchè non ne abbia acquistato un altro. È l'applicazione dello stesso principio pel quale il minore emancipato o divenuto maggiore si presume che abbia conservato il domicilio d'origine o paterno, finchè non consti che ne abbia acquistato uno proprio e distinto.

3.° Il minore non emancipato ha il domicilio del

Digitized by Google

padre, o della madre o del tutore. È da notarsi la differenza che passa fra *avere* e *cambiare* domicilio. Anche gli incapaci hanno il domicilio; ma questo si distingue dal domicilio delle persone capaci in ciò: 1.° che è la legge stessa che lo determina per gli incapaci; 2.° che essi lo *hanno*, ma non possono *cambiarlo*.

Secondo il diritto romano, il figlio di famiglia aveva, di regola, il domicilio del padre (L. 1, *ff. ad Municip.* — L. 3. *Cod. de Municip. et origin.)* ma poteva avere anche un domicilio proprio (LL. 3, 4, 6, 17 *e* 31, *ff. ad Municipal.*).

Come conseguenza dell'art. 18, il minore cambia di domicilio ogni volta che ne cambiano il padre o la madre. Fu assai discusso se si dovea dare al tutore facoltà di trasferire da un luogo all'altro il domicilio del minore; e la gravità di questa osservazione risulta dal timore che un tale cambiamento possa produrre una modificazione nelle persone che compongono il consiglio di famiglia. Ma i danni che si temono da questo fatto possono eliminarsi, mediante un accordo col consiglio stesso, sancito però da un decreto del tribunale civile (art. 249); al quale la legge conferisce il potere di giudicare sovranamente della maggiore o minore opportunità del cambiamento proposto. Vi sono poi le guarentigie richieste dall'art. 347.

Il figlio naturale minore ha il domicilio del genitore che lo ha riconosciuto, salvo le restrizioni recate dall'art. 183. Se non è riconosciuto da nessuno, ha per domicilio l'ospizio in cui è stato ricoverato; se una persona si è incaricata di lui in modo definitivo, ha per domicilio la casa della persona medesima.

4.° Il maggiore interdetto ha il domicilio presso il suo tutore; essendo colpito di un'incapacità asso-

Digitized by Google

luta, è naturale che sia parificato al minore. E questa regola si applica non solo all'interdetto giudizialmente per infermità di mente, ma anche all'interdetto per condanna penale.

Il maggiore inabilitato per sentenza di tribunale (art. 339), il sordomuto ed il cieco che non siano stati dichiarati abili a provvedere alle cose proprie (art. 340), possono avere domicilio proprio, come il minore emancipato: salvo per tutti quegli atti che eccedono la semplice amministrazione, pei quali chi ha rapporto con loro deve rivolgersi al domicilio del curatore.

Un'ultima osservazione che importa di fare è che il padre, nel cambiare domicilio, può bensì agire per conto dei figli minori, ma non pei figli maggiori; e la dichiarazione fatta da lui a nome di questi, senza loro mandato, non è produttiva di effetti.

94. Effetti del domicilio civile e del domicilio politico.

S'è già toccato di alcuni fra gli effetti principali della determinazione del domicilio. Non sarà però inutile raccoglierli ed esporli tutti in modo ordinato onde farne vedere l'importanza.

Anzitutto, il domicilio si collega colla competenza del tribunale poichè, in forza della massima *actor sequitur forum rei,* egli è dinanzi al tribunale del domicilio del convenuto che si devono portare le azioni puramente personali. Altrettanto deve dirsi delle azioni mobiliari, per la regola *mobilia sequuntur personam.* Quanto alle società, il loro domicilio essendo nel luogo in cui è la sede dell'amministrazione, è a questo che si portano le azioni: salvo che vi siano altri stabili-

Digitized by Google

menti sociali con un rappresentante della società; nel qual caso l'autorità giudiziaria del luogo in cui si trovi uno di questi stabilimenti è competente, tanto per l'azione personale come quella pei mobili (C. proc. civ. art. 90). Lo stesso deve dirsi delle altre persone morali, che si trovino in identiche condizioni.

È nel luogo del domicilio del debitore che salve le eccezioni, deve farsi il pagamento (art. 1249): in quello dell'adottante deve farsi l'adozione (art. 213): è nel luogo del domicilio del trattario o del terzo accettante che si fa il protesto cambiario (*Cod. comm.* art. 259).

Il domicilio determina parimente la competenza per la registrazione degli atti (Legge sulle tasse di registro, articoli 82, 83 e 84).

La legge sul reclutamento dell'esercito prende per base le divisioni locali, e quindi il domicilio degli inscritti (art. 2, 10, ec.): altrettanto fanno le leggi sulla guardia nazionale ordinaria e sulla mobile (Legge 4 agosto 1861, art. 6; – legge 27 febbraio 1859, art. 6).

La quistione del domicilio ha un'importanza speciale per l'esercizio del diritto elettorale. La regola è che il domicilio politico si confonde col domicilio civile, per cui quando questo si trasferisce, si presume che sia stato trasferito anche l'altro. Per constatare questa identità dei due domicilii non occorre dichiarazione di sorta; non se ne richiede una se non quando si vuol separare il politico dal civile. « Niuno, dice l'art. 16 della legge elettorale, può esercitare altrove il diritto di elettore che nel distretto elettorale del suo domicilio politico. — Ogni individuo s'intende avere il suo domicilio politico nello stesso luogo in cui è domiciliato riguardo all'esercizio dei diritti ci-

Digitized by Google

vili. — Può tuttavia trasferirsi il domicilio politico in qualsiasi altro distretto elettorale dove si paghi contribuzione diretta, o, per riguardo ai commercianti ed industriali, dove abbiano uno stabilimento commerciale o industriale, con che se ne faccia la dichiarazione espressa tanto davanti al Sindaco del luogo di attuale domicilio politico, quanto innanzi al Sindaco del luogo dove si vorrà trasferirlo ». Questa dichiarazione però non produce alcun effetto, se non è fatta sei mesi prima della revisione delle liste. E l'art. 17 dispone che l'elettore il cui domicilio politico è distinto dal civile, cambiando questo, non s'intenderà mutare il primo, e non sarà dispensato dalla doppia dichiarazione prescritta per l'effetto di riunire l'un domicilio all'altro.

Una disposizione speciale, contenuta nell'art. 18 della stessa legge, autorizza gli individui chiamati ad un impiego ad usare il loro diritto elettorale nel distretto dove adempiono il loro ufficio, senza che siano dispensati dall'obbligo dell'accennata doppia dichiarazione per trasferire il loro domicilio politico nel luogo dove debbono sostenere la carica.

In tutte le controversie a cui può dar luogo il domicilio politico e alla soluzione delle quali non sia provveduto dalla legge speciale, bisogna ricorrere ai principii generali che reggono il domicilio civile.

95. Del domicilio elettivo.

Fra le obbiezioni addotte contro l'unità di domicilio primeggia quella che si trae dagli ostacoli che essa può opporre al movimento degli affari e all'interesse delle persone; ma questa obbiezione fu confu-

Digitized by Google

tata con due argomenti: il primo che le disposizioni speciali del Codice di pr. civ. in materia di competenza forniscono i mezzi di evitare gran parte degli inconvenienti temuti: e il secondo, che l'art. 19 del Codice C. scioglie vittoriosamente le difficoltà che possono ancora restare.

L'art. 19 è concepito così: « Si può eleggere domicilio speciale per certi affari od atti. Questa elezione deve risultare da prova scritta ». È, come si vede, la traduzione o riduzione dell'art. 111 del Codice Napoleone, che fu il primo a introdurla nel diritto privato.

Malgrado l'evidente utilità di questa disposizione, vi sono tuttavia non pochi giurisconsulti che l'avrebbero voluta eliminare. Le loro obbiezioni consistono essenzialmente nel timore degli abusi che possono nascere dall'elezione di domicilio: — morte o cambiamento di domicilio della persona eletta, e di quella che elegge: — ignoranza presumibile degli eredi: — pericoli d'incertezza per le citazioni: — campo alle frodi: — ecc. Ma la Commissione compilatrice del Codice Albertino mostrò con molta evidenza come questi timori sono infondati. Senza dubbio, sono possibili gli abusi: ma a questa stregua, qual è la disposizione di legge che potrebbe salvarsi? Non sono tutte esposte agli abusi? Ciò che importa è di vedere se i vantaggi dell'elezione di domicilio sorpassano i danni; e la risposta non può essere che affermativa: tanto è vero che la legge stessa in alcuni casi l'impone. Questa facoltà, del resto, è interamente favorevole a coloro che vi si sottomettono: essa inoltre procura una grande facilità nelle transazioni sociali, ravvicinando gli interessi, semplificando e moltiplicando nel tempo stesso le relazioni, ed aprendo una sorgente di credito a persone che

Digitized by Google

non potrebbero ottenerlo, la cui industria verrebbe paralizzata se non potessero somministrare ai loro creditori quella sicurezza che resulta dall'elezione di domicilio: taluno sapendo di non poter convenire il suo debitore nella propria provincia, rifiuterà i suoi fondi ad una persona responsabile, oppure non li accorderà che a condizioni eccessivamente onerose; il che non farà quando abbia la certezza che il suo debitore eleggerà domicilio presso di lui: il che, oltre i vantaggi già accennati, ha anche quello di abbreviare la procedura e di ridurre le spese.

Può avvenire certamente che uno sia condannato fuori della propria provincia, e che s'ignori: ma la pubblicità delle ipoteche non provvede essa all'interesse dei terzi?

Per queste ed altre ragioni la Commissione del Codice Albertino credette di dover respingere le obbiezioni colle quali si combatteva la introduzione del domicilio elettivo; e le ragioni medesime valgono a giustificare l'art. 19 del Codice italiano. Ad evitare però gli equivoci e le incertezze, fu deciso di esigere che l'elezione di domicilio debba risultare da prova scritta. La legge non parlando della forma che deve avere la prova scritta, ciascuno è libero die leggere il domicilio speciale con qualunque specie di scritto, compresa quindi anche una lettera missiva. Un telegramma, quando il testo sia scritto, firmato e consegnato all'ufficio di spedizione dall'individuo che elegge il domicilio, potrebbe, a mio parere, in alcuni casi, servire egualmente di prova.

L'elezione di domicilio può distinguersi in tre specie diverse: 1.° quella che è imposta dalla legge; 2.° quella che nasce dalla convenzione delle parti;

Digitized by Google

3.° quella che ha origine da un atto volontario e unilaterale.

96. Dell'elezione di domicilio imposta dalla legge.

All'oggetto di semplificare la procedura civile, commerciale e penale, la legge ha voluto che in alcuni casi chiaramente determinati si facesse elezione di domicilio. E l'ha parimente imposta pel compimento di alcuni atti civili.

Cominciando da questi, troviamo che chi vuole opporsi ad un matrimonio, deve indicare nell'atto di opposizione l'elezione di domicilio, il quale ha da essere eletto nel Comune ove siede il tribunale civile nel cui territorio il matrimonio dev'essere celebrato (art. 88). – Per operare l'inscrizione dell'ipoteca giudiziale la legge esige che nelle note da unirsi al titolo costitutivo sia contenuta l'elezione del domicilio (art. 1987, n.° 2). Per altri atti relativi alle ipoteche è ugualmente richiesta l'elezione di domicilio (articoli 1994, 1995, 1999).

Se poi passiamo al Codice di procedura civile vediamo che la legge esige l'elezione del domicilio nel caso preveduto dall'art. 134, n.° 5, quando, cioè, l'attore non abbia domicilio o residenza nello Stato: — l'esige per la citazione dinanzi ai tribunali di commercio (art. 393): — pel ricorso in cassazione (art. 524): — pel precetto che deve precedere l'esecuzione forzata (art. 563): — per l'atto notificativo sul pignoramento di mobili presso i terzi (art. 611, n.° 4): — pel procedimento di espropriazione (art. 665, n.° 5, 668, ecc.) –

Digitized by Google

per quello relativo all'apertura delle successioni (articoli 848, 855, n.° 2,886, ecc.).

Anche il Codice di commercio esige in alcuni casi l'elezione di domicilio, come nel bando per la vendita delle navi (art. 297): senza contare tutti i casi in cui è richiesta dal Codice di proc. civ. per atti o procedimenti commerciali.

Ma non è solamente in diritto civile o commerciale che vi può essere elezione legale di domicilio: anche il Codice di procedura penale contiene disposizioni che la rendono obbligatoria. Così, secondo l'articolo 111, chi si costituisce parte civile, se non è domiciliato nel luogo dove si fa l'instruzione e dove pende il giudizio, è tenuto di eleggere domicilio con atto da riceversi nella cancelleria. L'imputato libero o scarcerato deve dichiarare il luogo in cui abita (che può anche essergli imposto) onde ricevere le notificazioni che lo riguardano (art. 199, 204, 213): l'imputato che dà cauzione e il suo fideiussore devono parimente eleggere domicilio nel luogo ove si fa l'instruzione (art. 222).

Da tutte queste disposizioni dei Codici vigenti risulta in modo evidente che anche la legge ha riconosciuto ed attuato il sistema dell'elezione di domicilio.

97. Dell'elezione di domicilio convenzionale e dell'elezione volontaria.

Ma l'elezione di domicilio a cui specialmente accenna l'art. 19 è quella che è l'effetto sia d'una convenzione delle parti che intervengono in un atto, sia di un atto volontario unilaterale. L'elezione convenzionale può essere espressa, come quando è stipulata

Digitized by Google

nel contratto, o tacita, come quando risulta dall'accettazione o ricevimento di un effetto di commercio, nel quale il traente abbia eletto pel pagamento un domicilio che non sia il suo. La legge, nel silenzio delle parti, dall'elezione convenzionale di domicilio deduce tre conseguenze: — l'attribuzione di giurisdizione a un tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione è situato il domicilio delle parti: — la designazione di una persona dimorante in tal luogo come investita del mandato di ricevere le citazioni relative all'atto — (Codice di pr. civ. art. 40): — determina il luogo in cui la convenzione deve eseguirsi (Cod. civ. art. 1249, 1260). Bisogna però notare che queste conseguenze non sono sempre inerenti all'atto di elezione; perchè può avvenire, per esempio, che taluno eleggá domicilio in una città senza dire presso chi; in tal caso, l'elezione è bensì attributiva di giurisdizione, ma non produce effetto alcuno circa le citazioni.

Eletto il domicilio, per consenso delle parti, non può essere cambiato o rivocato senza il consenso medesimo: è un'obbligazione che le vincola amendue (Codice di pr. civ. art. 160). Le sole eccezioni a questo principio sono: 1.° quella fatta dall'art. 1995; 2.° quelle che nascono dal caso in cui l'elezione sia volontaria o unilaterale, fatta nel solo interesse della persona che la cambia o revoca, — salvi però sempre i diritti dei terzi.

La morte o il fallimento di una delle parti che hanno fatto l'elezione di domicilio non ne annulla punto gli effetti: come non li annulla la morte, il fallimento, il rifiuto del mandato, o il trasferimento di domicilio da un Comune all'altro della persona presso cui l'elezione fu fatta: ove si verifichi una di queste ultime ipotesi,

Digitized by Google

si è obbligati di eleggere domicilio presso un'altra persona dello stesso luogo: per esigere però l'adempimento di quest'obbligo bisogna procedere innanzi al foro del domicilio generale della parte che deve fare il rinnovamento dell'elezione (C. C. art. 1999, C. di pr. civ. 140). Eletto però un domicilio, presso una persona, è in facolta di ciascuna parte di cambiarlo, purchè sia nel luogo stesso, e sotto la medesima giurisdizione, in tal caso non vi è revoca di domicilio, ma solamente la sostituzione di un mandatario ad un altro (art. 1757).

Le formalità richieste per l'elezione sia convenzionale, sia volontaria, e gli effetti diversi che essa produce, sono specialmente determinati dal Codice di procedura civile, e in alcuni casi dal Codice di procedura penale. Il Codice civile si limita a riconoscere la facoltà, e ad esigere la prova scritta. Esso contiene naturalmente i principii generali di diritto da cui quest'atto è regolato: così: 1.° i diritti e i doveri che nascono dall'elezione di domicilio non obbligano i terzi (art. 1130); 2.° obbligano però gli eredi e i successori delle parti (art. 1127); 3.° le convenzioni e gli atti che sui quali è fatta devono essere interpretati restrittivamente, trattandosi di una deroga alle regole generali sul domicilio (Codice C. tit. prel. art. 4); 4.° sono retti dalla legge del luogo in cui sono seguiti. (Tit. pr. art. 9).

Digitized by Google

LEZIONE XV.

DEGLI ASSENTI IN GENERALE E DELLA PRESUNZIONE DI ASSENZA.

98. Nozione giuridica dell'assenza.

Il vocabolo assente indica, nel suo senso ordinario, chiunque è lontano da un dato luogo. Nel linguaggio giuridico ha una significazione più speciale; e serve ad indicare: 1.° chi non è presente in un luogo e in un momento in cui la sua presenza è richiesta (Codice civile, art. 255 – C. di pr. civile art. 849, 868); 2.° chi ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua dimora, senza che se ne abbiano notizia. È di quest'ultima specie di assenza che si occupa il Codice civile (art. 20 e seg.).

Due sono adunque gli elementi che costituiscono giuridicamente l'assenza: che una persona abbia cessato di comparire nel luogo del domicilio o della residenza — che non se ne abbiano più notizie. Egli è quando concorrono tutti e due che si procede alle diverse misure regolate dal titolo dell'assenza, la quale

Digitized by Google

può essere più esattamente definita: — la condizione di colui di cui s'ignora se sia vivo o morto. — Il carattere speciale dell'assenza è dunque l'incertezza della vita di una persona scomparsa.

Le cause che danno origine all'assenza sono diverse e molteplici: la guerra, l'industria, il commercio, la passione dei viaggi, le peregrinazioni artistiche hanno sempre spinto gli uomini ad abbandonare il loro paese per recarsi in terra straniera. Talora i dolori provati sono anche causa di espatriazione, rendendo odioso il luogo in cui si è sofferto. Gli errori o i delitti, togliendo ogni considerazione all'individuo che se ne è reso colpevole, lo costringono sovente a lasciare il proprio paese, dove si sente disonorato. Finalmente, le persecuzioni politiche cacciano un gran numero d'uomini sulla via dell'esilio Queste ed altre sono le cause per cui avviene che una persona si trovi nella condizione di assente.

Si è detto che il diritto romano non avea pensato a regolare la condizione giuridica degli assenti; e si è spiegata la cosa col dire che i Romani, profondamente attaccati alla loro patria, se ne assentavano raramente (Toullier, v. I, 379. Duranton, I, 374). Ma questa asserzione è inesatta. Le leggi romane contengono sull'assenza disposizioni veramente fondamentali. Così tanto nel Digesto come nel Codice (titolo, *quib. ex caus. maj. in int. rest.*) e nelle Instituzioni (*de act.* 5) troviamo sancito il principio della restituzione in intiero, tanto in favore dell'assente che non ha potuto agire, quanto dei presenti cui l'assenza d'altre persone avesse messo nell'impotenza di agire per conservare i loro diritti. Le leggi 6, *par. ult. ff. de tut.* 3, Cod. de *postl. rev.* e 6 *ff. de quib. ex caus. in poss. eat.* ed

Digitized by Google

altre ancora, volevano che fosse nominato un curatore all'assente, ogni qual volta la questione de' suoi beni lo esigesse. Domat (che ha servito di guida al Codice Napoleone, e quindi anche al nostro su questa materia) si fonda sul diritto romano per esigere la nomina del curatore all'assente (*Lois civiles*, L. I, Tit. 2, sez. I, n.° 13). Il Codice Bavarese, il quale non ha consacrato all'assenza che due disposizioni sole, contiene un articolo (l'art. 35) che è così concepito: « Si nomina un curatore agli assenti, per amministrarne i beni fin che dura l'assenza, conformemente ai principii del diritto romano ». Sono poi notevoli le disposizioni del diritto romano in materia di matrimonio (L. 6, *ff. de div. et rep.* — *Nov.* 22, *cap.* 7. — *Nov.* 117, *cap.* 11) — Una decisione di Paolo (L. 10, *ff. de rit. nupt.*) fondata sull'incertezza della vita dell'assente, autorizza i figli dei due sessi di quest'ultimo, dopo tre anni di assenza, a contrarre matrimonio senza la necessità del suo consenso.

Senza dubbio, dai testi sparsi delle leggi romane non si può cavare un sistema completo di diritti e di doveri nascenti dall'assenza: ma è evidente che esse hanno fornito dei preziosi elementi, di cui il legislatore moderno ha saviamente profittato.

Nel confutare però l'errore professato da molti giurisconsulti, non si vuol certamente negare agli autori del Codice Napoleone il merito di essere stati i primi a formolare un insieme di disposizioni: e sono degni di lode i nostri legislatori per averle riprodotte quasi integralmente.

I principii che vennero sanciti nei Codici moderni, e segnatamente nel nostro, sono i seguenti: 1.° assicurare la protezione dovuta ai diritti degli assenti e

Digitized by Google

a quella dei presenti; 2.° non ammettere mai in modo assoluto nè la vita nè la morte dell'assente lasciando a chi allega l'una o l'altra l'onere della prova; 3.° nei primi periodi, prevalendo la presunzione della vita dell'assente, mettere la cura de' suoi interessi sopra ogni altra considerazione: per cui le misure ordinate dalla legge tendono ad assicurargli la conservazione de' suoi beni: mentre, negli ultimi periodi, prevalendo invece la presunzione della sua morte, la legge affida la cura de' suoi beni alle persone a cui andrebbero direttamente se egli fosse morto il giorno della sua disparizione o delle sue ultime notizie; 4.° prendere disposizioni definitive circa i suoi beni allora solo quando la presunzione della morte predomina in modo decisivo in quella della sua vita.

Esaminiamo ora questi diversi periodi.

99. Primo periodo: — la non presenza.

A dir vero, il fatto dell'assenza è lo stesso, qualunque sia l'epoca in cui si verifica, e quella da cui data. La persona che non si trova nel luogo in cui la sua presenza è richiesta è giuridicamente assente: *absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo petitur*.

È ben vero però che, per gli effetti di diritto che produce, l'assenza si divide, secondo, le nostre leggi, in quattro periodi distinti, a ciascuno dei quali sono inerenti condizioni diverse: e sono: 1.° la non presenza; 2.° l'assenza presunta; 3.° l'assenza dichiarata; 4.° la presunzione di morte dell'assente.

La non presenza non entra, a rigor di parola, nella materia dell'assenza; ma ne possiede alcuni caratteri,

Digitized by Google

come sarebbero: la lontananza dal domicilio e dalla residenza abituali; l'ignoranza in cui si è generalmente del luogo nel quale il non presente risiede o dimora; la mancanza di notizie recenti. Differisce però dall'assenza propriamente detta in ciò, che si può spiegare con motivi sufficienti tanto la lontananza della persona come la mancanza di sue notizie. Quando anche s'ignorino le cause del viaggio, la durata probabile, lo scopo, si può tuttavia pensare che la persona lontana vive, e che non voglia o non possa dar notizie di sè. Ma siccome manca la condizione caratteristica dell'assenza, che è l'incertezza della vita della persona lontana, così si rimane giuridicamente nel primo periodo, che è la non presenza, la quale produce effetti speciali. (Vedi specialmente C. civ. art. 98, 162, 221, 2120 — C. di Comm. 260 — C. di pr. civ. art. 141, 150, 644, 849, 868). V'è poi una specie di assenza o di non presenza in diritto penale, la quale dà luogo a importanti disposizioni (C. di pr. pen. art. 347, 368, 388, 419, 524, 543, 544). Questa, come si vede, non è l'assenza ordinaria, quella che è contemplata dal Codice civile, sebbene abbia alcuni effetti comuni con essa.

La difficoltà maggiore che s'incontra nel primo periodo si è di determinare i caratteri precisi che distinguono la non presenza dall'assenza presunta, e che debbono servir di norma pel passaggio dall'una all'altra. Nessun testo di legge può supplirvi: è una quistione di fatto che può essere soltanto sciolta dai tribunali, dietro l'apprezzamento delle circostanze. come sarebbero: la professione della persona lontana, le cause del viaggio, e simili.

Digitized by Google

100. Secondo periodo: — la presunzione d'assenza.

Ciò che caratterizza il primo periodo dell'assenza si è che in essa si presume sempre la vita e la probabilità di ritorno della persona non presente. Ma quando il suo silenzio si prolunga, allora cominciano a sorgere delle giuste inquietudini sulla sua sorte. Si considera che — le relazioni domestiche, l'amicizia, gli affari, la dolce *carità del natìo loco* sono troppo addentro nel cuore e nelle abitudini dell'uòmo, perchè le spezzi in modo così assoluto senza i motivi più prepotenti e più straordinarii, fra i quali si presenta anche l'ipotesi della morte. Qualunque però sia la causa della sua disparizione, o della interruzione de' suoi rapporti col paese natìo, certo è che la sua assenza dà luogo a gravi inconvenienti a cui occorre rimediare: di qui la necessità di prendere quei provvedimenti che sono richiesti tanto dall'interesse medesimo dell'assente, quanto da quello dei presenti.

Le misure a cui dà luogo la presunzione d'assenza sono indicate dall'art. 21, concepito nei termini seguenti: « Finchè l'assenza è soltanto presunta, il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, se non vi è alcun procuratore, può, sull'istanza degli interessati, o degli eredi presunti, o del ministero pubblico, nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, o nella formazione degli inventarii e dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato, e dare gli altri provvedimenti che siano necessari alla conservazione del suo patrimonio ».

Digitized by Google

Da questo articolo si deduce: 1° che durante la semplice presunzione dell'assenza, l'intervento del tribunale *può*, ma non *deve* essere provocato; 2.° che la nomina di un curatore ha per oggetto precipuo di provvedere agli interessi eventuali dell'assente, e non già a quelli di altre persone; 3.° che il tribunale non può mai pronunciare d'uffizio; che anzi, malgrado l'istanza fatta da una delle persone indicata nell'art. 21, egli non è neppure obbligato a procedere alla nomina di un curatore, e può rifiutarsi, quando dall'esame dei fatti non gli risulti in modo evidente la necessità della misura invocata; 4.° che questa misura non la prende se non quando l'assente non ha lasciato alcun procuratore: ove però l'avesse lasciato, il suo intervento cambia carattere, e provvede soltanto per gli atti che non potessero farsi dal procuratore in forza del mandato o della legge (art. 21, al.).

Lo spirito della legge, nel secondo periodo, è adunque favorevole soprattutto all'assente: ma concilia con gli interessi di lui quelli dei terzi, dei creditori, degli eredi, della società medesima, a cui importa che la proprietà dei beni non sia giammai in sospeso, nè che la loro amministrazione sia negletta: epperciò, con una sorveglianza saviamente organizzata, si provvede alla protezione di colui che è impotente a proteggere sè stesso.

Il Codice Napoleone non diceva qual fosse il tribunale competente per deliberare sull'istanza della presunzione di assenza. L'art. 21 ha nettamente dichiarato essere quello dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza. Nell'art. 793 del Codice di proc. civ. sono determinate le formalità da eseguirsi per fare ordinare le misure di amministrazione richieste dall'art. 21. La

Digitized by Google

legge non dice quali siano i documenti da aggiungere alla domanda: ma si capisce che sono buoni tutti gli atti che possono constatare l'assenza: come una dichiarazione di parenti o di vicini, un certificato del sindaco, del questore o del delegato di pubblica sicurezza, un processo verbale di apposizione o di rimozione di sigilli, ed anche, all'occorrenza, un atto di notorietà (argom. dall'art. 80 C. civ.) (Demolombe, *Absence*, 21, — Carré, *Lois de la proc. civ. quest.* 2905) Contro la decisione del tribunale v'è appello: la legge non contiene su questo punto eccezione alcuna, per cui si è sempre nel diritto comune.

Ma chi può domandare la nomina del curatore? E quali sono le attribuzioni del tribunale nella presunzione d'assenza? Quali gli effetti della presunzione d'assenza?

101. Delle persone che possono domandare la nomina del curatore.

L'art. 21 riconosce questo diritto — agli interessati — agli eredi presunti — al pubblico ministero.

Non è senza gravi e giuste ragioni che le persone interessate sono indicate come le prime che hanno diritto di provocare delle misure per provvedere all'amministrazione dei beni dell'assente. L'interesse a cui la legge allude dev'essere nato ed attuale, capace di formare la base di un'azione. Quindi i creditori occupano, si può dire, il primo posto: essi hanno interesse a che i beni dell'assente, che sono la loro garantia, (art. 1949) non deperiscano, per mancanza d'amministrazione. Se non possono ancora esigere il pagamento, il loro diritto di agire è però fondato sull'art. 1948.

Digitized by Google

Quelli poi il cui credito sia già esigibile, basterà che ricorrano alle vie ordinarie di esecuzione, se il loro titolo è esecutivo, e, in caso contrario, citare il presunto assente al suo ultimo domicilio, farvelo condannare, procedere all'esecuzione. Il fatto dell'assenza presunta non nuoce in guisa alcuna all'esercizio di questo diritto.

Fra le persone interessate devono anche annoverarsi tutti coloro a cui la legge permette di fare degli atti conservatorii; i proprietarii di beni su cui l'assente ha usufrutto: i venditori con patto di riscatto: i membri delle società tanto civili come commerciali: e chiunque possieda beni indivisi con l'assente.

Il coniuge e i figli dell'assente hanno naturalmente interesse per ottenere dal tribunale delle misure conservatorie. A dir vero, abbiamo già gli articoli 46, 47 e 135 i quali provvedono alla condizione della moglie e dei figli del marito o del padre assente: ma è chiaro che essi hanno un interesse diretto e immediato a far constatare giuridicamente la presunzione d'assenza, onde provvedere a quelle esigenze che possono nascere o esser nate.

Dopo le persone interessate, l'art. 21 colloca gli eredi presunti. Ma non sono anch'essi interessati? E non dovevano anzi essere collocati prima d'ogni altro? Senza dubbio, essi sono interessati: ma i loro diritti sono ancora eventuali. Gli stessi eredi con porzione legittima non possiedono che delle speranze, poichè i beni del padre, del figlio e del coniuge assente sono anzitutto il pegno comune dei creditori. Questi dunque sono i primi che la legge doveva indicare; e si può aggiungere che anche nel silenzio della legge, a loro riguardo, il loro diritto risultava in modo evidente dalle di-

sposizioni generali tanto del Codice civile come di quello di procedura civile. Il diritto degli eredi lo vedremo ricomparire in tutta la sua forza quando alla presunzione della vita e del ritorno dell'assente comincierà a prevalere quello della sua morte.

Ultimo viene il pubblico ministero. Egli riceve dalla legge la facoltà d'intervenire in tutte le cause che concernono lo stato delle persone e le tutele, i minori, gli interdetti, gli inabilitati, gli *assenti dichiarati*. Qui bisogna intendersi: i doveri del ministero pubblico sono diversi, secondo che l'assenza è presunta o dichiarata. Nel primo caso, egli agisce per ottenere la nomina del curatore; nel secondo, le sue conclusioni tendono alla tutela delle ragioni dell'assente. Pei presunti assenti, egli ha l'iniziativa; per gli assenti dichiarati, egli non interviene se non nelle cause che li riguardano.

Qualunque però sia la persona che agisce, non bisogna dimenticare che la presunzione di assenza importa gravissimi effetti. Il tribunale nel ricevere le istanze, deve cercare: 1.° se la persona è realmente scomparsa e se si trova nella impossibilità riconosciuta di provvedere essa stessa ai propri interessi; 2.° se i suoi beni sono in istato di sofferenza, e se i suoi diritti sono compromessi; 3.° la legittimità delle domande fatte. Sarebbe cosa spiacevole che un assente, la cui condizione non reclamava in alcun modo l'intervento altrui, dovesse vedere al suo ritorno degli estranei ingerirsi ne' suoi affari, i suoi segreti di famiglia svelati, senza alcun motivo legittimo.

Digitized by Google

102. Delle attribuzioni del tribunale nella presunzione d'assenza.

La presunzione di assenza può verificarsi sotto due condizioni diverse: la prima, quando l'assente non abbia lasciato procuratore di sorta; la seconda, quando prima di partire lo abbia lasciato. Quali sono le attribuzioni del tribunale nei due casi diversi ?

Quando non vi è alcun procuratore, dice l'art. 21, il tribunale può nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, — o nelle formazioni degli inventarii e dei conti, — nelle liquidazioni e nelle divisioni in cui sia interessato, — e dare tutti gli altri provvedimenti che siano necessari per la conservazione del suo patrimonio. — Non è mestieri di aggiungere che i poteri del tribunale essendo su questo punto discrezionali, egli può incaricare il curatore di tutte o soltanto di alcune delle attribuzioni enumerate nell'art. 21, e che può anche, occorrendo, dare a diverse persone i diversi uffici, determinando in ogni modo i limiti dei poteri che accorda alle persone nominate.

Dal testo dell'art. 21, come dalla natura medesima dell'ufficio cui il curatore è chiamato, risulta in modo evidente che egli può solamente far gli atti pei quali ha ricevuto facoltà dalla sentenza del tribunale e, in generale, tutti quelli « che sono necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente ». Egli è dunque qualche cosa di più di un semplice amministratore: ma le sue attribuzioni circoscritte nei limiti determinati dal tribunale, che sono altresì quelli voluti dalla più rigorosa necessità, non vanno mai fino al punto di autorizzarlo a fare di proprio moto atti di

Digitized by Google

alienazione, quando anche se ne potesse trarre un vantaggio positivo per l'assente.

Il tribunale può essere invitato a provvedere non solo quando non vi sia procuratore nominato dall'assente, ma anche quando lo abbia lasciato, se si presenta uno dei tre casi seguenti: 1.° o che il procuratore non adempia convenientemente il suo mandato; 2.° o che il mandato si estingua per una delle cause contemplate dall'art. 1757; 3.° o che il mandato del procuratore sia limitato a certe attribuzioni, per cui egli non possa fare tutti gli atti richiesti per la conservazione del patrimonio dell'assente (art. 21): quest'ultima ipotesi si verifica, quando il mandato è speciale per un affare, o per certi affari solamente (art. 1740) o quando è concepito in termini generali, nel qual caso non comprende che gli atti di amministrazione (art 1741): e siccome il mandatario non può alienare, ipotecare, nè fare atto che ecceda la ordinaria amministrazione senza che il mandato sia espresso, così, ove tali misure siano giudicate necessarie nell'interesse dell'assente, allora si ricorre all'intervento del tribunale; 4.° o che vi sia conflitto fra gli interessi dell'assente e quelli del mandatario.

Non è superfluo rammentare che il mandato conferito dal tribunale può circoscriversi ad alcuni beni, specialmente indicati; e che, ove sia necessario consultare delle carte del presunto assente, questo incarico non può essere affidato al mandatario, ma dev' essere delegato ad uno dei giudici, il quale non può prendere se non le carte assolutamente necessarie.

Digitized by Google

103. Effetti della presunzione di assenza.

Riconosciuta giuridicamente la presunzione d'assenza, essa produce alcuni effetti, relativamente tanto alle persone come ai beni.

Gli effetti dell'assenza, tanto presunta quanto dichiarata circa le persone, sono principalmente i seguenti: 1.° l'assenza del padre investe la madre della patria potestà (art. 46, 220, 228, 231); 2.° esonera la moglie dall'obbligo dell'autorizzazione maritale (art. 135); 3.° il suo solo consenso basta per autorizzare i figli al matrimonio (art. 63). Se la madre non sia vivente quando si verifica la presunzione d'assenza del padre, o si trovi nell'impossibilità di assumere la patria potestà, la cura dei figli è affidata dal consiglio di famiglia agli ascendenti prossimi, nell'ordine stabilito dall'art. 244 (art. 47). È da notarsi che pel conferimento alla madre della patria potestà con tutti i suoi effetti (amministrazione dei beni dei figli, usufrutto legale, ec.) la legge non fa distinzione fra assenza presunta e assenza dichiarata. Il bisogno a cui urge di provvedere è troppo grave, perchè si possa differire. L'art. 220 è esplicito: la patria potestà è esercitata dalla madre ogni qual volta non possa esercitarla il padre.

Gli effetti principali della presunzione d'assenza circa i beni sono i seguenti: essa conferisce a chi è nominato dal tribunale la facoltà di rappresentare l'assente in giudizio, e perciò d'intentare tutte le azioni che appartengono all'assente, promuovendo il pagamento di tutti i suoi crediti. I giudizi pronunciati in contraddittorio col rappresentante dell'assente, sulle conclusioni del pubblico ministero, producono tutti i loro

Digitized by Google

effetti e sono obbligatorii per l'assente. I debitori dell'assente non hanno titolo per rifiutarsi di pagare nelle mani del suo rappresentante, sotto pretesto che questi non offre una sufficiente guarentigia. Il solo interesse dei debitori è di non correre il rischio di dover pagare due volte: questo rischio è evitato, quando la qualità di chi rappresenta l'assente è legale e regolare. L'art. 1241 è formale: « il pagamento dev'essere fatto al creditore, od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo, *dall'autorità giudiziaria*, o dalla legge ». Essi possono però opporre l'incapacità del rappresentante dell'assente: 1.° se sia stato nominato un errore un incapace; 2.° se sia stato nominato da un'autorità incompetente; 3.° se ha ecceduto il suo mandato. — L'assenza presunta non toglie all'assente alcuno dei diritti di cui era investito alla sua partenza, meno quelli che richiedono la sua presenza personale: e quanto alle citazioni, finchè l'assenza non sia dichiarata, si continuano a fare al suo domicilio, a meno che non vi sia un curatore, investito di un mandato generale; nel qual caso sono valide le citazioni a lui fatte.

La gestione degli interessi dell'assente è essa gratuita? La legge, su questo punto, è muta. Ma nulla impedisce che il tribunale determini un compenso proporzionato alle cure che richiedono i beni e al patrimonio dell'assente. Il Codice Olandese contiene anzi un articolo con cui è sancito formalmente l'obbligo e la misura della retribuzione: « il curatore avrà annualmente due e mezzo per cento delle entrate e uno e mezzo per cento sulle spese (art. 522) ». Perchè non si potrebbe applicare questo principio, anche sotto l'impero del nostro Codice?

Digitized by Google

Chi ha rappresentato l'assente nella gestione dei suoi affari è tenuto, come ogni altro contabile, al rendimento dei conti. (Codice di pr. civ., articoli 97, 319 e seg.). Nei Codici civili di alcuni Stati quest'obbligo è espressamente formolato (C. della Luigiana, art. 52 — del Cantone di Vaud, art. 35 — dell'Olanda, art. 521). Appena occorre aggiungere che gli assenti non hanno ipoteca sui beni dell'amministratore

104. Come cessa la presunzione d'assenza.

Il secondo periodo dell'assenza, cioè, quello della presunzione, cessa in tre modi:

1.° Colla prova acquistata dalla morte dell'assente: la successione allora si apre a vantaggio di coloro che sono capaci di succedergli a questa epoca della morte.

2.° Con la prova acquistata della sua esistenza.

Tanto nel primo come nel secondo di questi due casi, il tribunale può mantenere le misure che ha ordinate, ordinarne anche delle altre, finchè gli eredi dell'assente, se è morto, o l'assente medesimo, se è vivo, si trovano nell'impossibilità di provvedere all'amministrazione dei loro beni.

3.° Col giudizio di dichiarazione d'assenza.

Digitized by Google

LEZIONE XVI.

DELLA DICHIARAZIONE DI ASSENZA.

---

105. Terzo periodo: — la dichiarazione d'assenza.

Nei due primi periodi, l'assenza è una quistione di fatto che non modifica punto la condizione giuridica della persona lontana: tutte le misure che si prendono pel non presente e per l'assente hanno essenzialmente in vista il loro interesse. Ma quando l'assenza si prolunga, quando i due elementi che la costituiscono — cioè, il dubbio sull'esistenza dell' assente e sul luogo ove si trovi — assumono proporzioni più gravi, allora si procede a nuove deliberazioni che consistono nella dichiarazione d'assenza, fatta dall'autorità giudiziaria.

L'art. 22 dispone infatti che « dopo tre anni continui di assenza presunta, o dopo sei, ove l'assente abbia lasciato un procuratore, i presunti eredi legittimi, ed in loro contraddittorio, i testamentari, e chiunque creda di avere sui beni dell'assente dei diritti

Digitized by Google

dipendenti dalla morte di lui, possono domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata ». Questo articolo contiene adunque due disposizioni distinte: 1.° le condizioni il cui adempimento è necessario per domandare la dichiarazione di assenza; 2.° le persone che hanno qualità per domandarla.

106. Condizioni necessarie per domandare la dichiarazione d'assenza.

La prima delle condizioni è che l'assenza sia stata continuata senza interruzione: ogni notizia che si fosse avuta dell'assente, dopo che la presunzione fosse stata stabilita, annulla gli effetti del tempo trascorso, e dà principio ad un nuovo periodo. Bisogna in secondo luogo fare una distinzione: se l'assente ha lasciato una procura, la dichiarazione d'assenza non può essere domandata prima che siano scorsi sei anni dalla sua disparizione o dalle sue ultime notizie: se invece, non ha lasciato procura alcuna, basta che siano passati tre anni, perchè si possa procedere, onde ottenere che sia pronunciata la dichiarazione d'assenza.

Nella maggior parte dei Codici, si richiedono invece quattro anni di assenza presunta, quando l'assente non ha lasciato procuratore, e dieci, quando l'ha lasciato. Ma questi termini vennero abbreviati con ragione; con la facilità delle comunicazioni ora esistente, non vi è quasi parte del mondo da cui, volendo, non si possano trasmettere notizie: e la prolungazione del silenzio, al di là di tre anni in un caso, e di sei nell'altro, lascia supporre che l'assente si sia trovato nell' impotenza di romperlo. Quindi la presunzione della sua morte, lieve nei due primi periodi dell'assenza, acquista

Digitized by Google

maggiore gravità, ed esige che si provveda a che gli interessi dei presenti non soffrano.

Il termine fissato per la durata della presunzione, quando l'assente ha lasciato un procuratore, rimane egualmente di sei anni, anche quando la procura venisse a spirare, per una causa qualunque, prima di questo termine. Più grave e controversa è la quistione se, dato il caso che l'assente, prevedendo di non poter ritornare così presto, nè dare sue notizie, e volendo impedire a suoi eredi d'ingerirsi ne' suoi affari, organizzasse l'amministrazione de' suoi beni per venti o trent'anni, lasciando un'ampia procura ad una persona di sua fiducia. Il termine di sei anni rimarrà allora lo stesso?

Anzitutto, è da osservare che la legge non fa distinzione alcuna fra il caso in cui la durata della procura sia minore o maggiore dei sei anni: ed è quindi il caso di applicare la regola che, ove la legge non distingue, non possiamo distinguere neppur noi (D. L. 8, *ff. de pub. in rem act.*). Ma abbiamo un argomento perentorio che ci dimostra come l'intenzione del legislatore fosse appunto di escludere ogni distinzione qualsiasi. Gli autori del Codice Napoleone (i cui articoli 112 e 113 corrispondono presso a poco ai nostri articoli 21 e 22) posero appunto il caso, e chiesero se la procura doveva produrre i suoi effetti per tutto il tempo per cui era stata fatta, anche quando eccedesse di molto il termine fissato per poter domandare la dichiarazione d'assenza. Ma fu risposto negativamente, per la ragione che non può dipendere dalla volontà di una persona il paralizzare per un tempo indefinito l'esercizio dei diritti che si aprono colla sua morte (Locré, *Code civil*, vol. 4, pag. 70).

Digitized by Google

Resta però inteso che una simile misura, mostrando una previsione di lunga assenza, deve essere valutata dal tribunale, quando sia chiamato a decidere sulle domande.

107. Delle persone che possono domandare la dichiarazione d'assenza.

Quando si tratta di domandare la nomina di un curatore ai beni dell'assente, non solo gli eredi presunti, ma anche tutti gli interessati, a quasiasi titolo, possono agire: può agire perfino il pubblico ministero (art. 21). Ed è naturale: si tratta allora di una misura che lungi dal nuocere all'assente, è invece tutta a suo favore. Ben altrimenti gravi e diversi sono gli effetti della dichiarazione d'assenza: essa porta una vera espropriazione dell'assente, e dà luogo in qualche modo all'apertura della sua successione. Si capisce quindi che la facoltà di chiederla sia circoscritta a persone i cui diritti siano notoriamente positivi, e che le formalità da adempirsi siano più serie e più complicate di quelle che si richiedono onde stabilire la semplice presunzione d'assenza. Il pubblico ministero, invece di sollecitare la dichiarazione d'assenza, deve opporre tutte le obbiezioni che l'interesse dell'assente può chiedere.

Secondo l'art. 22 hanno diritto di domandare la dichiarazione d'assenza: 1.° i presunti eredi legittimi; 2.° gli eredi testamentarii, in contraddittorio dei legittimi; 3.° tutti coloro i quali credano di avere sui beni dell'assente dei diritti dipendenti dalla morte di lui. Giova osservare che l'ordine in cui sono dalla legge collocati è quello che si deve seguire; per cui le per-

Digitized by Google

sone indicate nella terza categoria non possono agire se non quando gli eredi legittimi e poscia i testamentarii abbiano trascurato di farlo. Siccome poi il diritto di far dichiarare l'assenza non degenera mai in obbligazione, così uno degli eredi non può costringere mai gli altri ad unirsi con lui.

Il diritto dei presunti eredi legittimi di domandare la dichiarazione d'assenza non ha bisogno di essere dimostrato: il loro còmpito si limita a stabilire la loro qualità: spetta a chi lo nega l'onere della prova contraria. Essi dunque non agiscono in contraddittorio con chicchessia.

Gli eredi testamentarii, invece, traendo i loro diritti dalla presunta volontà dell'assente, sono obbligati ad agire in contraddittorio degli eredi legittimi. Lo stesso è da dirsi di tutti coloro che, per promuovere la dichiarazione d'assenza, si fondano sui diritti dipendenti dalla morte dell'assente. Gli uni come gli altri si trovano in faccia agli eredi legittimi come in faccia all'assente medesimo, del quale questi ultimi sono considerati come i naturali rappresentanti: è dunque giusto che la legge li collochi in faccia agli altri in condizione migliore.

Ma gli eredi legittimi e i testamentarii non sono i soli i cui diritti dipendano dalla morte dall'assente: ve ne sono anche altri, come i proprietari della cosa di cui l'assente abbia l'usufrutto (art. 515): il donatore che abbia stipulato la riversibilità degli effetti donati in caso di morte del donatario (art. 1071, e seg.): il coniuge dell'assente pei suoi lucri nuziali (art. 1398) e tutti coloro a cui una convenzione abbia accordato un profitto da realizzarsi con la morte di una delle parti come in caso d'una rendita vitalizia (art. 1789 e seg.) e simili.

Digitized by Google

Però tanto gli eredi testamentarii come tutti coloro i cui diritti dipendono dalla morte dell'assente non possono agire, se prima non hanno interpellato gli eredi legittimi e non hanno constatato che questi persistano a rimanere nell'inazione. — Siccome poi si tratta de'diritti esclusivamente personali, così nessuno di coloro a cui l'art. 22 conferisce la facoltà di domandare la dichiarazione di assenza può trasmettere il proprio diritto ad altri: i loro creditori sono esclusi dal beneficio accordato dall'art. 1234, di esercitare cioè i diritti e le azioni dei debitori, poichè ci troviamo appunto nella eccezione indicata dall'articolo medesimo.

Quanto ai creditori dell' assente, essi non hanno diritto alcuno di far dichiarare l'assenza: l'interesse è la condizione *sine qua non* di ogni azione. Che interesse hanno i creditori per farla dichiarare? Alcuno. Anzi, la dichiarazione d'assenza sarebbe loro pregiudicievole come quello che priva il loro debitore di una porzione notevole delle sue entrate, e quindi diminuisce il loro pegno e la probabilità d' essere pagati. D'altra parte, frazionando il suo patrimonio fra i suoi eredi presunti, i creditori vedrebbero sparpagliato il loro credito, e invece di aver dinanzi a loro un unico possessore, ne avrebbero molti. — Sarebbe più giusto il dire che essi hanno interesse e quindi diritto di opporsi alla domanda di dichiarazione d'assenza, se la nomina degli amministratori dei beni dell'assente, nel periodo della presunzione, non gli avesse già collocati in posizione di far valere le loro ragioni.

Digitized by Google

108. Delle formalità da seguirsi per la dichiarazione di assenza.

Ricevuta la domanda, il tribunale esamina anzitutto se è ammissibile, vale a dire: 1.° se chi l'ha fatta aveva qualità per agire; 2.° se gli atti e documenti forniti in appoggio della domanda sono sufficienti a darle un carattere serio. Se queste due condizioni sono adempiute, ordina che siano assunte informazioni. In questo procedimento la legge non richiede l'intervento del pubblico ministero, il quale può per altro prendere cognizione degli atti, e fare quelle conclusioni che creda opportune (C. di pr. civ. art. 347).

Abbiamo dunque un primo giudizio, che prepara gli elementi dell'altro, ma non lo pregiudica: poichè l'ordinanza in virtù della quale si assumono le informazioni lascia il tribunale interamente libero nelle sue ulteriori risoluzioni.

Onde evitare che all'assente possa venire danno dall'ignoranza delle misure che si domandano a suo riguardo, la legge ha voluto che la procedura relativa alla dichiarazione di assenza abbia la massima pubblicità. L'art. 23 infatti dispone che il provvedimento col quale il tribunale ordina che siano assunte informazioni: 1.° sia pubblicato alla porta dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente; 2.° sia notificato alle persone in contraddittorio delle quali fu proposta la domanda; 3.° al procuratore dell'assente. Vuole di più che un estratto del provvedimento medesimo sia pubblicato due volte coll'intervallo di un mese, nel giornale degli annunzi giudiziarii del distretto e nel giornale ufficiale del Regno.

Digitized by Google

In che modo si deve procedere alle informazioni? Il Codice tace, e lascia il tutto sotto la responsabilità del tribunale. Era infatti difficile tracciare norme o limiti a questo riguardo: tutto è poggiato sul valore dei fatti che sono esaminati, per trarne argomento della realtà dell'assente. La pubblicità voluta dall'art. 23 ha per effetto di agevolare l'inchiesta. Il tribunale ha facoltà di prolungare, se lo crede necessario, i termini necessari per completare le informazioni: le sue decisioni non sono ristrette da alcuna disposizione di legge: anzi, l'art. 24 stabilisce un limite minimo che non può abbreviare.

Assunte le informazioni, e trascorsi sei mesi almeno dall'ultima pubblicazione, il tribunale, dopo che ha adempiute le formalità richieste dagli articoli 794 e seg. del C. di proc. civ., pronunzia sulla domanda di dichiarazione d'assenza (art. 24). O la rigetta; e allora la procedura finisce lì, salvo, in ogni caso, l'appello, (il quale è ammesso tanto contro il provvedimento preparatorio che ordina le informazioni, quanto contro la sentenza che rigetta od ammette la domanda): o dichiara l'assenza, e allora la legge ordina che la sentenza sia notificata e pubblicata (art. 23 e 25). S'intende che, continuando l'assenza, si può ripetere l'istanza.

109. Immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Gli effetti della dichiarazione di assenza sono dal Codice divisi in due ordini distinti, e classificati in due diverse sezioni: gli uni concernono i beni che l'assente possedeva il giorno della sua disparizione: gli

Digitized by Google

altri riguardano le ragioni eventuali che possono competere all'assente. Ma gli uni come gli altri non possono verificarsi se non dopo che siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza (art. 26). E con ragione: i risultati della dichiarazione sono abbastanza gravi, perchè prima che si producano debba essere lasciato un ultimo intervallo, affinchè vi si possa porre impedimento da chi ha ragione di farlo.

Ma se non sorge alcuna opposizione, allora si procede alle misure necessarie per la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente a beneficio delle persone che hanno su di essi dei diritti dipendenti dalla di lui morte.

Anzitutto importa conoscere se abbia lasciato disposizioni di ultima volontà: e nel caso affermativo, sull'istanza di chi creda avervi diritto, o del pubblico ministero, il tribunale ne ordina l'apertura. Il motivo per cui fu disposto che quest'atto debba precedere l'immissione degli eredi presunti nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, è evidente: il diritto dell'erede legittimo allora soltanto compare quando non vi sono eredi testamentarii. Perchè, quindi, concedere provvisoriamente un possesso a cui le disposizioni del testamento possono immediatamente por fine? Con ragione perciò nell'art. 26 del C. civ. si preferì seguire il sistema adottato dall'art. 84 del C. Alb. anzichè quello del Cod. Nap. (art. 123), il quale fa precedere invece l'immessione in possesso all'apertura del testamento.

La domanda di apertura del testamento può essere fatta: 1.° da chiunque creda avervi interesse; 2.° dal pubblico ministero. Quanto ai primi, nulla di più giusto: chiunque credè che il testamento possa conte-

Digitized by Google

nere disposizioni a proprio favore, ha diritto di ottenere che sia aperto. Quanto al pubblico ministero, la sua ragione di agire sta nella necessità d'impedire che gli eredi legittimi, temendo che il testamento venga a privarli di tutto o di parte del possesso dei beni, possano trascurare l'adempimento di questo dovere; potrebbe avvenire che, ove non vi fosse altri per fare istanza, il testamento rimanesse chiuso.

L'art. 26 indica chi può domandare l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente; e sono: 1.° gli eredi testamentarii dell'assente, in contraddittorio con gli eredi legittimi; 2.° ove mancassero eredi testamentarii, quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza; 3.° i loro rispettivi eredi; 4.° i legatari, i donatari e tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, per quella parte di beni che spetta loro.

Si è già veduto che il diritto degli eredi legittimi non ha bisogno di essere dimostrato, e che quindi non sono obbligati ad agire in contraddittorio con chicchessia; ma che lo stesso non può dirsi degli eredi testamentarii, i quali devono agire in contraddittorio con quelli. Se il testamento è nullo, se i chiamati dal testatore sono incapaci, gli eredi legittimi rientrano in possesso dei beni dell'assente: è dunque necessario che possano opporsi, se il credono, all'azione degli eredi testamentari. La stessa ragione spiega l'obbligo imposto ai legatari, ai donatari e a tutti coloro che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, di agire, quando chiedono l'ammissione nel possesso temporaneo di quei diritti, in contraddittorio con gli eredi legittimi.

Digitized by Google

Ma quali sono i donatari dei quali parla l'art. 26, autorizzandoli a far valere i proprii diritti nascenti dalla morte dell'assente? Consulto l'art. 1050, e vi leggo: « la donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia *attualmente* e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta ». Se la donazione produce il suo effetto immediatamente, è chiaro che il diritto da essa trasferito al donatario è indipendente dalla morte del donatore. Or come può avvenire che il donatario abbia, come il legatario, sui beni dell'assente un diritto subordinato alla condizione del suo decesso? Di regola generale, ciò non avviene. Ma la legge ammette alcune eccezioni, come sarebbero le donazioni in occasione di un matrimonio. Così, io posso dare a Tizio, in favore del suo matrimonio, tutti o parte de' beni che lascierò alla mia morte. La donazione è attuale e irrevocabile: ma Tizio non ha sui miei beni che un diritto subordinato alla condizione della mia morte: se egli muore prima di me, senza figli, la donazione sarà caduca. – Lo stesso è da dirsi dei donatari che hanno stipulato il diritto di riversibilità se il donatario muore prima di loro (art. 1071, 1072).

Oltre gli eredi legittimi e testamentari, i legatari e i donatari, l'art. 26 parla ancora di altre persone che possono avere dei diritti eventuali nascenti alla morte dell'assente. Fra costoro sono da annoverarsi i proprietarii di un oggetto di cui l'assente abbia l'usufrutto (art. 515), e l'uso (529). Anche i membri d'una società di cui l'assente faccia parte, la quale finisca con la morte di uno di essi (art. 1708 1729), o si modifichi (art. 1732) hanno titolo per domandare l'apertura del testamento, perchè la morte dell'assente crea

una nuova condizione giuridica per la società di cui esso fa parte.

La domanda per l'invio nel possesso provvisorio può esser fatta insieme alla dichiarazione di assenza, o separatamente, in forza della sentenza che dichiara l'assenza (Zachariae, 152 — C. di pr. civ. art. 794). L'erede che ha fatta la domanda non è obbligato a provare che è l'erede più prossimo, eccetto che vi sia controversia fra lui ed altri eredi, i quali pretendano escluderlo per maggiore prossimità di grado. Giova però notare che la sentenza che pronuncia l'invio nel possesso temporaneo non importa nè preferenza nè profitto a coloro che l'hanno ottenuta, nè esclusione a pregiudizio di coloro che non vi furono parte. Così, le persone le quali, nella supposizione della morte dell'assente nel giorno della sua disposizione o delle sue ultime notizie, sarebbero state chiamate alla sua successione, sia in esclusione di coloro che ottennero il possesso, sia in concorso con essi, possono, ad onta della sentenza e finchè non vale contro loro la prescrizione trentenuaria, domandare, *veluti per haereditatis petitionem utilem*, l'invio in possesso provvisorio escludendone quelli che vi sono, o facendosi associare con loro (art. 32). Ben inteso che non hanno diritto ai frutti se non dal giorno della domanda giudiziale: è giusto che espiino la pena della loro negligenza.

Il diritto degli eredi legittimi nasce dal momento in cui si ebbero le ultime notizie dell'assente, o da quello della sua disposizione. Ne viene quindi che, per esempio i fratelli dell'assente, i quali erano allora gli eredi presunti devono ottenere e conservare il possesso temporaneo, escludendo i figli nati ulteriormente,

Digitized by Google

e inscritti allo stato civile come nati dal matrimonio dell'assente, senza che sia necessario intentare prima contro questi ultimi un'azione in negazione di paternità.

Come si disse più sopra, i beni da comprendersi nella immissione del possesso temporaneo sono quelli che, al momento della disposizione o delle ultime notizie dell'assente, componevano il suo patrimonio. Si tratti di diritti puri e semplici, o siano subordinati a qualche condizione, essi sono già noti, e quindi trasmissibili. — Sono parimente compresi nella immissione i frutti prodotti dai beni dell'assente.

110. Indole ed effetti del possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Secondo l'art. 28, l'immissione nel possesso temporaneo attribuisce a coloro che la ottengono ed ai loro successori l'amministrazione dei beni dell'assente, il diritto di promuoverne in giudizio le ragioni, ed il godimento delle rendite dei beni dell'assente nei limiti stabiliti dalla legge.

Nel Codice Napoleone (art. 125) e in alcuni altri (alb. 88, Due Sicilie 131) il possesso temporaneo è qualificato come un deposito. Ma con ragione l'art. 28 ha eliminato questa parola, perchè non v'è quasi alcun rapporto fra i possessori temporanei e depositari. Il deposito è un contratto essenzialmente gratuito, il quale non può avere per oggetto che cose mobili (art. 1837): il depositario deve custodirle diligentemente (art. 1843), non se ne può servire senza il permesso del deponente (art. 1846), deve restituire i frutti (art 1852), ed ha altri obblighi che non sono punto comuni al possessore dei beni dell'assente.

Digitized by Google

Il possesso temporaneo importa tanto per chi l'ottiene come pei suoi successori: 1.° l'amministrazione dei beni dell'assente; 2.° il diritto a una porzione od anche a tutti i frutti dei beni; 3.° il diritto di promuovere in giudizio le ragioni dell'assente.

Appena dichiarata l'assenza e destinate le persone che hanno il diritto di ottenere il possesso, il curatore provvisorio deve trasmettere loro l'amministrazione dei beni dell'assente, e render loro conto della propria. Il possessore temporaneo può agire nei limiti indicati dalla legge: vale a dire, che può amministrare i beni dell'assente, ma non alienarli, nè ipotecarli. Finchè amministra, tutti gli atti che fa sono validi rispetto tanto ai terzi che all'assente. Le sue facoltà come amministratore sono larghissime: può dar in affitto i beni dell'assente anche per più di un novennio, esigere capitali, ecc. Ma se invece facesse atti di alienazione, questi sono nulli in faccia all'assente; possono tuttavia essere validi fra le parti qualora l'assente non comparisse più o si avesse notizia della sua morte, o comparisse soltanto dopo l'immissione definitiva nel possesso dei suoi beni: la loro validità o la loro nullità dipende dunque dall'avvenire.

Il possessore temporaneo può per altro alienare od ipotecare in modo obbligatorio per l'assente, purchè lo faccia con l'autorizzazione giudiziaria: e questa è data ogni qual volta simili disposizioni siano riputate di convenienza dell'assente: così può avvenire che vi siano debiti da pagare, urgenti ed importanti riparazioni da fare; in questo caso, il possessore può essere autorizzato sia a fare un mutuo con ipoteca su immobili dell'assente, sia ad alienarli (art. 1975). La vendita si fa allora con le formalità richieste per

Digitized by Google

le vendite d'immobili appartenenti a minori o ad interdetti (C. di Pr. civ. art. 796, 816 e seg.). L'investimento del prezzo ricavato dalla vendita e dai proventi scaduti deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale.

Le ipoteche legali e giudiziarie che pesano sui beni personali del possessore non si estendono a quelli dell'assente: le sentenze però che siano pronunciate contro di lui, nella sua qualità di possessore degli immobili dell'assente conferiscono su questi ipoteca giudiziaria (articoli 1970 e 1975).

Quanto ai beni mobili, il tribunale ne può ordinare, ove ne sia d'uopo, la vendita in tutti od in parte, salvo, s'intende, l'obbligo di impiegarne il prezzo (art. 29). Nel decidere che si proceda o no alla vendita, il tribunale consulta gli interessi dell'assente: quindi egli autorizzerà bensì la vendita di quei mobili che non si possono conservare, ma non di quelli che rappresentano un valore speciale, come sarebbero gli oggetti d'arte, biblioteche, quadri, gioielli, i quali sono di agevole conservazione. Appena occorre aggiungere che la vendita dei mobili, fatta dal possessore temporaneo senza autorizzazione del tribunale, non è legittima. Siccome però in fatto di mobili il possesso è in buona fede val titolo (art. 707), così coloro che hanno acquistato mobili dell'assente non possono soffrirne l'evizione. È salvo, in caso di ritorno dell'assente, il suo diritto contro il possessore temporaneo dei suoi beni.

Gli articoli 30 e 31 ci dicono quale sia la porzione delle rendite sui beni dell'assente che è devoluta ai possessori temporanei. Gli ascendenti, i discendenti ed il coniuge dell'assente ritengono a loro profitto la

Digitized by Google

totalità delle rendite. Se gli immessi nel possesso sono parenti entro il sesto grado, debbono riservare il quinto delle rendite nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza; e di seguito, sino ai trent'anni, il decimo. Se sono parenti in grado più remoto, od estranei debbono riservare il terzo delle rendite nei primi dieci anni, e di seguito, fino ai trent'anni, il sesto. Trascorsi i trent'anni, la totalità delle rendite appartiene in ogni caso agli immessi nel possesso. Come si vede, il Codice italiano si è separato dal Codice Napoleone, il quale, nel distribuire le porzioni diverse dei redditi sui beni dell'assente, non prende a norma la qualità delle persone, ma solo la durata dell'assenza. Il Cod. Alb. (art. 90) aveva già adottato un sistema misto, nel quale metteva a calcolo i due elementi: ed è ciò che hanno pur fatto gli articoli 30 e 31 del Codice italiano.

Si è lungamente discusso se convenisse o no imporre agli immessi nel possesso l'obbligo di un resoconto periodico della loro amministrazione dei beni dell'assente. Ma fu risolta la quistione negativamente, anzitutto, perchè la rara possibilità del ritorno dell'assente non giustifica un carico costoso come quello di un resoconto: in secondo luogo, perchè, se il conto fosse definitivo, si arrecherebbe un vero pregiudizio all'assente; se non fosse definitivo, si obbligherebbe il possessore a lavori e spese inutili senza vantaggio di chicchessia.

La legge non contiene regola alcuna sull'impiego delle porzioni del reddito riservato all'assente. Essa, diceva giustamente il Pisanelli, non ha modo di assicurarsi che le sue disposizioni saranno eseguite; e quando lo fossero, per cautele all'uopo ordinate, le

Digitized by Google

spese occorrenti ricadrebbero per sempre sul patrimonio dell'assente (Relazione, pag. 6). Si lascia dunque ai possessori temporanei piena libertà nella scelta dell' impiego da farsi: possono adoperare i frutti a pagare i debiti dell'assente, ad acquistare beni immobili, cartelle del debito pubblico, a far prestiti ipotecari, e simili. La sanzione penale della mancanza d'impiego sarà di rendere il possessore responsabile degli interessi (*L.* 12, *D. de negot. gest.* — Toullier, 428). Il possessore può, in ogni modo, provocare un giudizio del tribunale per coprire la propria responsabilità (arg. dall'art. 796 del C. di P. C.)

Fra i diversi effetti della immissione nel possesso temporaneo v'è anche l'esercizio delle azioni tanto attive come passive (art. 28). La legge non fa distinzione fra le azioni mobiliari e le immobiliari; per cui i possessori possono agire tanto per le une come per le altre, sia nella qualità di attori, sia in quella di convenuti. È controversa la quistione se la facoltà di agire in giudizio porti seco quella di consentire a una domanda o di transigere. La maggior parte dei giurisconsulti sostengono la negativa: alcuni vanno più in là; negano perfino che il tribunale possa autorizzare una transazione. Essi si appoggiano su ciò, che in un processo, il tribunale esaminando la quistione sotto tutti i suoi aspetti, e giudicando con piena cognizione di causa, questa guarentigia può parere sufficiente per proteggere le ragioni dell'assente: il che non avviene nel caso di semplice consenso a una domanda o a una transazione. Io credo col Demolombe (*Absence*, 115) che il possessore può transigere, quando vi è autorizzato: anzi, vado più in là; e confesso che non trovo senza fondamento la dot-

Digitized by Google

trina secondo la quale la facoltà di agire in giudizio implica quella della transazione. Chi non sa, infatti, che una transazione può essere determinata da motivi vantaggiosi pel patrimonio dell'assente, come sarebbe, per esempio, il desiderio di evitare spese inutili? Abbiamo la presunzione inoltre che il tornaconto del possessore, concorde con quello dell'assente, allontana il timore che si voglia nuocere all'interesse comune. Perchè dunque interdire o rendere difficili le transazioni?

Fra gli altri effetti che derivano dall'esercizio delle ragioni attive e passive dell'assente sono da notarsi i seguenti: — l'immesso nel possesso non può essere condannato personalmente alle spese, salvo il caso contemplato dall'art. 372 del C. di Pr. civ.: – la cosa giudicata per o contro l'immesso nel possesso è parimente tale anche per o contro l'assente (C. C. art. 35): e tutti gli atti eseguiti nei limiti delle facoltà inerenti al possessore e colle condizioni richieste, sono obbligatorii anche per l'assente (art. 1752): la prescrizione non corre contro l'assente a beneficio degli immessi nel possesso, in quanto sono incaricati di rappresentarlo e di difenderne le ragioni (art. 28), essendo anzi essi stessi responsabili verso l'assente delle prescrizioni incorse per colpa loro (Toullier, I, 429, — Demolombe, *Absence*, 429, — L. 18 *ff. de neg. gest.*). Reciprocamente, la prescrizione non corre a beneficio dell'assente contro l'immesso nel possesso. Si suppone, ben inteso, che nei due casi la prescrizione non era ancora compiuta al momento della immissione, sia a profitto dell'assente, sia contro lui. È chiaro, nota con ragione Demolombe (119), che siccome la immissione in possesso comprende i beni

nello stato in cui si trovano al momento in cui è pronunciata, nulla è cambiato alla situazione già esistente.

Una giurisprudenza costante ha sciolta una quistione non indicata dalla legge; se, cioè, il diritto spettante agli eredi presuntivi di farsi immettere nel possesso dei beni dell'assente sia trasmessibile ai loro propri eredi: la quistione è stata sciolta, e con ragione, in senso affermativo.

Il diritto di agire essendo passato nelle mani dei possessori, è naturalmente contro di loro che deve proporre le proprie azioni chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente (art. 35). Quando il possessore è l'erede presuntivo, l'assente ha in lui un mandatario: gli è dunque a questo mandatario che devono essere diretti i reclami, le citazioni: è contro lui che sono pronunciate e si eseguiscono le condanne. S'intende però che in tali controversie dev'essere inteso il pubblico ministero (C. P. C. art. 346, n.° 15). Quando invece i possessori sono diversi, siccome i beni ed i debiti si dividono fra di loro, così si può agire contro ciascuno di essi in proporzione della parte attiva che ha ricevuto, perchè è soltanto entro questi limiti che ciascuno possessore rappresenta l'assente.

A ben chiarire gli obblighi del possessore, giova notare che egli si trova nelle condizioni di un erede con beneficio d'inventario, il quale è solo tenuto a pagare i debiti della successione entro *vires bonorum*: così l'immesso nel possesso: egli è un amministratore di beni altrui; quindi non può essere obbligato a rispondere che relativamente a questi beni e non mai al di là delle forze di questi beni (Demolombe, 136 — Marcadè, sull' art. 134 C. N. — Mourlon, 1, 227). Non è necessaria per ciò dichiarazione di sorta.

Digitized by Google

II. Delle misure con cui la legge tutela i diritti dell'assente.

Nel procedere a questa specie di espropriazione temporanea dell'assente, la legge però non ha trascurati i di lui diritti; e a tutelarli efficacemente ha preso alcune misure, fondate sulla probabilità del ritorno, verificandosi il quale, esse producono i loro effetti. Queste misure sono: 1.° l'obbligo della cauzione per gli immessi nel possesso; 2.° l'inventario dei beni mobili e la descrizione dei beni immobili dell'assente; 3° la vendita, ove sia d'uopo, dei beni mobili, con impiego del prezzo; 4° la proibizione di alienare o d'ipotecare, senza l'autorizzazione giudiziale; 5.° la riserva di una porzione delle rendite; 6.° l'obbligo dei possessori di amministrare i beni dell'assente con la diligenza di un padre di famiglia (C. C. articoli 26, 27, 29, 30, 31, 970, 1124, 1745 e seg., 1843, 1975).

Di alcune di queste misure si è già parlato più sopra: resta che si dica della cauzione e dell'inventario.

Secondo l'art. 26, gli eredi, e le altre persone a cui la legge concede l'immissione nel possesso dei beni dell'assente o l'esercizio dei loro diritti sui beni stessi devono anzitutto fornire una cauzione nella somma che sia determinata dal tribunale. L'art. 27 fa tuttavia un'eccezione; qualora alcuno dei presunti eredi od aventi diritto sui beni dell'assente non possa dare cauzione, il tribunale può ordinare quelle altre cautele che stimi convenienti per l'interesse dell'assente, avuto riguardo alla qualità delle persone, alla loro parentela con l'assente ed alle altre circostanze.

L'obbligo della cauzione è generale: si estende

Digitized by Google

quindi agli ascendenti e discendenti dell'assente, ai collaterali e al coniuge. Queste ultime circostanze possono determinare, se occorre, l'applicazione dell'articolo 27: ma non bastano a dispensare dall'obbligo. La misura della cauzione è regolata secondo la qualità delle persone o l'importanza dei beni da guarentire.

La cauzione può darsi: 1.° depositando nella cancelleria del tribunale denaro o rendite sul debito pubblico, al portatore, al valore nominale (C. P. Civ. art. 330); 2.° con ipoteca; nel qual caso il cancelliere deve nel termine di cinque giorni far procedere alla relativa inscrizione (art. 731); 3.° con un fidejussore (C. C. art. 1904, 1906, 1921, 1922. C. P. C. articolo 329). Quando l'idoneità della cauzione è ammessa, il fidejussore, con atto ricevuto dal cancelliere, dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni relative. — Il ritardo nel dare la cauzione non priva il possessore temporaneo del diritto sui frutti (Arg. dall'art. 500 C. C.).

Ma può avvenire che l'immesso nel possesso non sia in grado di dar la cauzione. Dovrà allora considerarsi come non avvenuta la sentenza che glielo accorda? Tale è l'opinione di Merlin, (*Rep. T.* XVI, art. 120, n.° 5) e di A. Dalloz (*Dict. gen., Absent.* n.° 184) e di altri giurisconsulti. Ma io credo con Demolombe (93) che questa dottrina sia assolutamente erronea.

Anzitutto, non bisogna dimenticare che la cauzione è un onere, non una condizione della immissione in possesso: il fondamento dei diritti del possessore è nella sua qualità o nelle ragioni acquistate. È ben vero che la legge parla un linguaggio imperativo: - nessuno si ammetterà al possesso se non mediante

Digitized by Google

cauzione: – ma per ciò solo che ammette l'ipotesi che taluno possa esserne dispensato, e che conferisce al tribunale un potere discrezionale (art. 26, 27) se ne deve conchiudere che la cauzione non è la condizione *sine qua non* della immissione in possesso.

Importa riflettere in secondo luogo che questa immissione è fatta soprattutto nell'interesse di quelli che l'hanno chiesta. Senza dubbio, la legge vuole che si guarantiscano le ragioni dell'assente; ma non può volere che chi ha ottenuta l'immissione sia frustrato nel godimento di questo vantaggio, per la sua impotenza a fornire una cauzione; impotenza la quale prova appunto che l'immesso nel possesso ha più bisogno d'un altro del soccorso che l'immissione nei beni dell'assente deve portargli.

Per conciliare adunque gli interessi dell'assente e quelli dell'immesso nel possesso, parmi che debbano considerarsi come sufficienti le guarentigie richieste all'usufruttuario dagli articoli 498 e 499.

Un'altra guarentigia che la legge richiede a tutela dell'assente è l'obbligo dell'inventario dei beni mobili, e della descrizione dei beni immobili ch'egli ha lasciati, obbligo imposto a coloro che hanno ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo (art. 29, vedi pure art. 496). Non è necessario però che si facciano tanti inventari e descrizioni quante sono le persone immesse: lo stesso atto può contenere l'indicazione di ciò che è attribuito a tutti e a ciascuno, e ognuno dovrà rispondere soltanto della parte che gli toccherà (Astengo, pag. 306). Per le formalità relative all'inventario, provvede il C. di P. C. (art. 868 e seg.).

Chi deve sopportar le spese a cui dà luogo la precedura relativa agli assenti, tanto per la dichiara-

Digitized by Google

zione d'assenza come per l'immissione in possesso? Secondo gli uni (Merlin, *Rep.* Tom. XVI, 26) spettano al possessore temporaneo: secondo altri (Molly, *Traité des Absents*, 431, 432) le spese della sentenza di dichiarazione toccano all'assente, e quelle della immissione in possesso a chi l'ha ottenuta. Io credo invece che debbono essere tutte sopportate dall'assente. La condizione del possessore temporaneo attinge un pò dei suoi caratteri al mandato, alla tutela, alla gestione di affari: ora, in nessuna di queste qualità, chi le adempie vi mette del suo (C. C. art. 281, 1144, 1753). Se la legge avesse voluto imporre al possessore l'onere delle spese, lo avrebbe dichiarato, come lo ha fatto per l'usufruttuario, che è obbligato a subire quelle dell'inventario (art. 496).

Quanto alle regole di condotta dei possessori nell'esercizio dei diritti sui beni dell'assente, la legge non contiene disposizioni precise, ma si rimette ai principii generali del diritto: per cui il grado o la misura della loro risponsabilità dipende dalle circostanze, dai fatti, dalle condizioni speciali delle persone o dei beni: e di tutto è giudice il tribunale.

Digitized by Google

LEZIONE XVII.

DEI VARII MODI CON CUI FINISCE LA DICHIARAZIONE DI ASSENZA.

112. Quarto periodo: — fine del possesso temporaneo.

Il possesso temporaneo può aver termine in quattro modi diversi, ciascuno dei quali produce effetti proprii e distinti: 1.° col ritorno dell'assente, e colla prova della sua esistenza (art. 33); 2.° colla prova del tempo della morte dell'assente (art. 34); 3.° quando la durata dell'assenza si sia prolungata per un periodo di trent'anni (art. 36); 4.° quando siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro (articoli 36, 38). – Verificandosi una di queste condizioni, cessa il terzo periodo dell'assenza, e si entra nel quarto che è la destinazione definitiva dei beni, sia che ritornino al propretario, sia che si consolidino nei possessori, sia che passino a coloro che erano eredi al tempo della morte dell'assente.

Digitized by Google

Il ritorno dell'assente può aver luogo o durante l'immissione provvisoria o durante l'immissione definitiva nel possesso de'suoi beni: gli effetti sono identici in ciò, che fanno immediatamente tornare alle sue mani la proprietà dei beni: ma sono diversi, come vedremo, in quanto che i suoi diritti in faccia ai possessori variano secondo che l'immissione fu provvisoria o definitiva. Lo stesso è da dirsi del caso in cui si abbiano notizie positive della sua esistenza.

Quando adunque egli ritorna, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza: egli riprende la piena e libera amministrazione de'suoi beni, e ciascuno dei possessori deve fargli nello stesso tempo la restituzione della parte che gli è toccata, e della porzione di rendita che gli doveva serbare (art. 31, 33). Ben inteso che gli ascendenti, i discendenti ed il coniuge non gli devono rendere parte alcuna delle rendite, ma solo la proprietà dei beni (art. 30).

Se invece del ritorno personale dell'assente, si hanno notizie positive della sua esistenza, gli effetti che esse producono sono gli stessi; con questa differenza che debbono continuare nell'amministrazione de'suoi beni le misure conservatorie richieste nel primo e nel secondo periodo dell'assenza, vale a dire, prima che fosse dichiarata.

Altro dei modi che mettono termine alla dichiarazione di assenza è la prova del tempo della morte dell'assente. Se questa si ottiene, la successione si apre a vantaggio di coloro che a quel tempo erano suoi eredi legittimi o testamentarii; e coloro che hanno goduto i beni, sono obbligati a restituirli con le rendite, a norma dell'art. 31 (art. 34). Finchè la morte dell'assente è ancora incerta, si suppone che essa debba partire dal gior-

Digitized by Google

no in cui egli scomparve, o da quando si ebbero le sue ultime notizie: è dunque naturale che si dia la preferenza a coloro che, a quel tempo, erano più prossimi a lui. Ma quando si ha la prova della data precisa della sua morte, allora cessano gli effetti della presunzione poichè succede la realtà. Ma in quali modi si ammette la prova della morte? La legge non contiene disposizione apposita: è una quistione di fatto, che può essere risolta secondo le circostanze. È chiaro infatti che la prova del decesso di chi muore in Parigi dovrà essere più completa e formale di quella che si richiede per provare il decesso di chi è morto in America o in Asia. D'altra parte, l'ordinamento dello Stato civile è diversamente stabilito nei diversi paesi. Bisogna adunque lasciare il tutto all'apprezzamento dei tribunali.

Due casi sono allora da considerare: – a coloro che ottennero l'immissione nel possesso temporaneo sono gli eredi più vicini all'assente, come lo erano già all'epoca della sua disparizione o delle sue ultime notizie; e allora, nulla è mutato: i beni restano irrevocabilmente e definitivamente nelle loro mani, o in quelle dei loro successori: nell'ipotesi contraria, i possessori temporanei hanno il diritto di conservare quella porzione di frutti che toccava loro per disposto di legge, ma devono restituire i beni e la porzione ch'erano obbligati a conservare pel caso del ritorno.

113. Immissione nel possesso definitivo per la continuazione dell'assenza.

Quando l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo,

Digitized by Google

o se sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie di lui risalgono a tre anni addietro, il tribunale, sull'istanza delle parti interessate, pronuncia la immissione nel possesso definitivo, dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele che fossero state imposte (art. 36). Questa è veramente la rivoluzione radicale che si compie sulla condizione giuridica dell'assente.

Le quistioni che importa esaminare a questo proposito sono molte e gravi; possono però riassumersi così: 1.° chi e quando può chiedere l'immissione definitiva? 2.° quali ne sono gli effetti; 3.° per l'assente; 4.° pei possessori; 5.° pei terzi? —

Durante il periodo della dichiarazione di assenza, la presunzione che domina è ancora quella della vita dell'assente. Questa presunzione va successivamente diminuendo, senza cessar mai: infatti abbiamo veduto che nei primi dieci anni, la porzione delle rendite che i possessori debbono lasciar per l'assente è del quinto, pei parenti entro il sesto grado, e del terzo, pei parenti in grado più remoto: ma dai dieci ai trent'anni, diminuendo sempre la probabilità della vita dell'assente, i primi non sono più obbligati a lasciare che il decimo, e gli altri solo il sesto. Trascorsi i trent'anni, la totalità delle rendite spetta in ogni caso agli immessi nel possesso: la presunzione della morte domina su quella della vita. Resta però sempre in vigore il principio giuridico che l'assente non è nè vivo, nè morto; e che chi allega la sua vita o la sua morte deve provarla.

Chi può domandare l'immissione nel possesso definitivo? Le parti interessate, dice l'art. 36: vale a dire, tutti coloro che hanno ottenuto legittimamente

Digitized by

l'immissione provvisoria — o coloro che, avendo il diritto di ottenerla, non l'hanno domandata. Può avvenire infatti che l'immissione provvisoria sia stata accordata, per errore o altrimenti, a chi non vi aveva diritto, come sarebbe a parenti meno prossimi; e che altri parenti di cui si ignorava l'esistenza, o che non abbiano reclamato, si presentino ora per far valere le loro ragioni. In questo caso, esse escludono i possessori temporanei, purchè non vi sia prescrizione.

Quando si può domandare l'immissione definitiva? L'art. 36 risponde in modo preciso: 1.° quando l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni, dopo la immissione temporanea: si ritiene però generalmente che i trent'anni corrono non solo dal giorno dell'immissione, ma da quello in cui fu regolarmente domandata; – 2.° o quando sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni addietro: in questo caso, l'immissione definitiva può essere chiesta anche prima che siano spirati i trent'anni; può anzi aver luogo anche appena sia stata pronunciata la dichiarazione di essenza: per cui nulla osta a che il possesso definitivo sia ottenuto senza passare pel periodo della immissione temporanea: uno stesso giudicio può bastare per la dichiarazione di assenza e per la immissione definitiva.

In nessun caso però questa immissione ha luogo di pien diritto, per la sola scadenza dei termini dopo i quali può essere ottenuta. Ci vuole sempre una sentenza del tribunale, il quale può pronunciarla subito, o dopo un'inchiesta, conforme e quella voluta dall'art. 22. Però l'art. 36 non esige richiesta di sorta, la quale è quindi puramente facoltativa.

Digitized by Google

114. Effetti della immissione sul possesso definitivo dei beni dell'assente.

La parola *definitiva,* applicata dal Codice nostro e presa dal Napoleonico, è realmente inesatta.

Presa nel suo senso grammaticale, essa importerebbe che gli immessi nel possesso lo sono in modo irrevocabile e per sempre; e che, quindi, qualunque cosa avvenga, essi conservano tutti i beni avuti. Ora ciò non è; perchè possono essere obbligati a restituirli: 1.° all'assente medesimo, se ritorna od è provata la sua esistenza (art. 39); 2.° a suoi figli e discendenti, per trent'anni (art. 40); 3.° a suoi altri eredi, nel caso indicato dall'art. 41.

La sola spiegazione che si può dare dell'uso di questa parola è che la immissione è veramente definitiva, perchè crea a colui che l'ha ottenuta una situazione su cui non si ritorna più, se l'assenza continua, e perchè è definitiva rimpetto ai terzi, in questo senso che il possessore può d'ora in poi dare loro dei diritti immutabili e irrevocabili sui beni dell'assente (art. 37). Ma non gli dà ancora tutti i caratteri del diritto per proprietà. Come dice benissimo Demolombe (154), è difficile definire o qualificare dottrinalmente il diritto degli immessi definitivi, diritto *sui generis*, che ha del mandato e della proprietà.

Quali siano gli effetti della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, ce lo dicono gli articoli 36 e 37: 1.° sono sciolte le cauzioni, e cessate le altre cautele che fossero state imposte; 2.° cessa l'obbligo di lasciare all'assente una porzione delle rendite; 3.° cessa pure ogni vigilanza di amministrazione

Digitized by Google

e ogni dipendenza dall' autorità giudiziaria; 4.° coloro che ottennero la immissione nel possesso temporaneo, ad i loro eredi e successori possono procedere a divisioni definitive e disporre dei beni liberamente.

Il motivo per cui si chiedeva la cauzione da chi era immesso nel possesso temporaneo era di guarentire gli interessi dell'assente. Ora, siano scorsi trent'anni dalla sua disposizione, o cento tre dalla sua nascita, la presunzione più razionale e fondata è che egli sia morto. Cessa dunque ogni ragione per cui si debba mantenere un vincolo indefinito Lo scioglimento della cauzione ha luogo di pien diritto (articolo 36). Il tribunale non potrebbe pronunciare la immissione nel possesso definitivo, dichiarando mantenute le cauzioni o le altre misure di cautela: bisogna che le due disposizioni siano unite e contemporanee, perchè non v'è più alcuno degli obblighi che pesavano sul possessore durante il periodo della dichiarazione di assenza.

L'esonero degli immessi nel possesso definitivo è completo e assoluto: essi sono liberati, non solo per l'avvenire, ma anche pel passato: la prescrizione trentennaria li ha messi al riparo d'ogni ricerca e d'ogni domanda. La cauzione difatti dovea guarentire, non questo o quell'atto di gestione, bensì l'obbligo di rendere conto, imposto loro. Ora, quest'obbligo, avendo cominciato con la immissione nel possesso temporaneo, rimane prescritto coi trent'anni che sono scorsi dalla dichiarazione di assenza.

2.° Con la immissione nel possesso definitivo cessa parimente non solo l'obbligo di lasciare all'assente una parte delle rendite de' suoi beni, ma tutti quelli

che gli immessi hanno riserbato per lui appartengono loro in totalità.

3.° Cessa ogni vigilanza di amministrazione. I poteri del possessore definitivo sono sciolti da ogni restrizione: nè l'autorità giudiziaria ha diritto alcuno d'ingerirsi nell'uso, buono o cattivo, che si farà dei beni dell'assente.

4.° Il possessore definitivo può alienare, ipotecare, permutare, senza condizioni e senza formalità, come potrebbe farlo l'assente medesimo, il quale non avrebbe, tornando, alcun diritto di rivendicazione contro i terzi. È sorta la controversia se il possessore abbia facoltà di alienare anche a titolo gratuito: io credo con Demolombe (156) che nulla, nel testo o nello spirito della legge, porti una simile restrizione. Che dice l'art. 39? « Se dopo la immissione nel possesso definitivo l'assente ritorna, egli ricupera i beni *nello stato in cui si trovano* ». Di quelli che mancano, il possessore non ha obbligo alcuno di render conto. Solamente, se il prezzo dei beni alienati non è ancora stato pagato, sarà conseguito dall'assente, il quale ha pure diritto sui beni nei quali questo prezzo fosse stato investito.

Gli immessi in possesso, dice l'art. 37, possono procedere a divisioni definitive. Ma questo caso si presenterà di raro, perchè la divisione si opera per lo più quando ha luogo la immissione nel possesso temporaneo. Siccome nondimeno può avvenire, la legge doveva prevederlo e disporre.

115. Come può finire la immissione definitiva nei beni dell'assente.

Come s'è già detto, il possessore non è definitivo che sotto alcuni aspetti; poichè possono presentarsi dei casi in cui chi l'ha ottenuta sia obbligato a restituirla.

Il primo dei casi e quello che produce maggiori effetti è il ritorno dell' assente. La sua azione è imprescrittibile: quando infatti si presenta, chi potrà reclamare i diritti di suo erede? Le successioni non si aprono che colla morte: *nulla viventis haereditas*: la prova adunque che l'assente è vivo annienta il titolo di erede. S' intende però che l' imprescrittibilità dei diritti dell'assente è solamente personale per lui, nè può essere invocata da altri.

La legge fa una grave distinzione fra il ritorno dell'assente durante il periodo della immissione temporanea e il ritorno avvenuto dopo la immissione definitiva. Nel primo caso, ha diritto a tutti i beni, salvo la porzione di frutti indicata dalli articoli 30 e 31: nel secondo egli deve contentarsi di ricevere i beni nello stato in cui si trovano (art. 39), e non può esigere frutti di sorta.

Il secondo caso è l'intervento dei figli dell'assente e dei loro discendenti, i quali hanno diritto, per trent' anni dal giorno della immissione definitiva, di far valere i diritti che loro competono sui beni dell'assente secondo le norme stabilite dall' art. 39, senza essere obbligati a provarne la morte.

Il terzo caso che mette fine alla immissione nel possesso definitivo è la prova del tempo della morte dell' assente.

Digitized by Google

116. Diritti dell'assente reduce dopo la immissione definitiva.

Dal principio che l'assente al suo ritorno deve riprendere i beni nello stato in cui si trovano (art. 39) ne viene che anche una cattiva amministrazione dei beni stessi non gli dà alcuna azione contro il possessore. Questi aveva dagli articoli 36 e 37 piena facoltà di disporre liberamente dei beni, compreso l'*jus utendi et abutendi* (art. 436): senza dubbio, è un torto amministrar male la cosa propria; ma ciò non dà fondamento a riparazioni di sorta. *Is qui rem quasi suam neglexit nulli culpae subiectus est.*

Plassman (op. cit. I, 235) e Dalloz (130) fanno però un'eccezione a questo principio, nel caso in cui il possessore si è arricchito, degradando la proprietà dell'assente, vendendo statue, quadri, marmi ed altri oggetti preziosi che abbiano, per esempio, servito di ornamento ad un castello: allora, dicono essi, il possessore è obbligato dalle somme di cui per tal mezzo si sarebbe arricchito, *quantum locupletior factus est.* Io sono però d'avviso che questa eccezione non regge, e che non ha per sè nè la lettera, nè lo spirito della legge, poichè l'assente deve contentarsi di ricevere i beni nello stato in cui si trovano, e subire anche le alienazioni che fossero state fatte, durante il periodo della dichiarazione di assenza, senza autorizzazione giudiziaria.

Poniamo l'ipotesi contraria; che, cioè, il possessore abbia migliorato i beni: avrà diritto ad un'indennità? La risposta non può esser che negativa: le spese si suppongono essere state fatte da padre di famiglia,

Digitized by Google

per proprio interesse: poichè il possessore ha avuto i profitti, era giusto che avesse anche gli oneri. Ma se avesse aggiunto delle costruzioni agli edificii dell'assente? Se avesse fabbricato sul terreno che dovrà restituire? In tal caso, i giuristi sono tutti d'accordo che il possessore avrebbe diritto ad un'indennità (Merlin *Rep. Absent.* sull' art. 132, Zachariae, I, 301, Demolombe, T. 2, 166), — Abbiamo infatti l'art. 503 che, per analogia, risolve nel senso medesimo la quistione: se l'usufruttuario, ci dice, avesse eseguito riparazioni straordinarie, ha diritto di essere rimborsato senza interessi del valore delle opere fatte, in quanto la loro utilità sussista ancora al tempo in cui cessa l'usufrutto. Con le medesime condizioni, il possessore obbligato a restituire all'assente od a suoi discendenti può quindi esigere il rimborso. — Io credo anzi che questo principio deve applicarsi non solo ai miglioramenti considerevoli fatti dal possessore definitivo, ma anche a quelli fatti dal possessore temporaneo, nei casi indicati dagli articoli 33 e 34.

L'assente al suo ritorno, o gli altri aventi diritto a una retribuzione devono, come s'è già dimostrato più sopra, rispettare le alienazioni fatte a titolo oneroso e gratuito dal possessore definitivo: essi non potranno farne rescindere alcuna, e gli acquisitori saranno considerati come proprietarii irrevocabili: l'articolo 1459 che proclama nulla la vendita della cosa altrui, e tutte le altre disposizioni della legge che, come questa, consacrano virtualmente la massima secondo la quale nessuno può trasferire altrui più diritti di quanti ne abbia egli stesso, non hanno in questo caso applicazione alcuna: l'art. 39 deroga formalmente a questa massima.

Rispettando però le alienazioni fatte, la legge non priva interamente l'assente reduce di tutte le sue ragioni: egli ha il diritto: 1.° di conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto: *praetium succedit loco rei*; 2.° oppure i beni nei quali il prezzo sia stato investito (art. 39). La difficoltà, nel secondo caso, sarà di provare che i beni acquistati dal possessore furono pagati col prezzo dei beni alienati dell'assente: questa prova in ogni modo è a carico del possessore (Marcadé, sull'art. 132 del C. C. fr. — Plassman, pag. 436 — Demolombe, *Absence*, 170 e seg).

117. Il diritto dei figli e discendenti dell'assente alla restituzione dei beni.

Ma non è solo l'assente che ha diritto di esigere dagli immessi nel possesso definitivo la destituzione dei beni: l'art. 40 riconosce questo diritto anche ai suoi figli e ai suoi discendenti, e lo limita a soli trent'anni dal giorno della immessione nel possesso definitivo.

Si è discusso e si discute tuttavia se il termine di trent'anni, durante il quale i discendenti possono agire sia un semplice termine fisso, o una prescrizione ordinaria, sospesa quindi dalla loro minorità, secondo il diritto comune. Alcuni sostengono che è un termine fisso, che nulla può aumentare: l'art. 40 non parla di prescrizione: la legge non ha voluto che la proprietà dei beni dell'assente fosse indefinitamente incerta (Proudhon, I, 335 — Delvincourt, I, 50 — Duranton, I, 513 — Demante, I, 271, — 279). Altri invece, con più ragione, affermano il contrario: il disposto dell'art. 40 contiene, secondo essi, una prescrizione ordinaria: poco importa, se non vi è la parola poichè

Digitized by Google

la cosa esiste. Non regge l'argomento che si trae dalla incertezza della proprietà. L'immesso nel possesso definitivo è stato propretario incommutabile ne'suoi rapporti coi terzi ai quali ha potuto vendere validamente. D'altra parte, quando pure fosse fondato l'argomento dedotto dalla pretesa incertezza della proprietà, esso non proverebbe nulla; poichè è la conseguenza ordinaria della teorica generale della sospensione delle prescrizioni per causa di minorità o d'interdizione (art. 2120). Questa dottrina ha l'appoggio di Malleville (sull'art. 133 del C. Nap.), di Demolombe (*Absence*, 185), di Zacchariae (I, 157), di Merlin, (*Rep.* XVI, p. 27, 28), di Toullier (I, 4531), di Mourlon (I, 480) e di molti altri.

È da notare che il beneficio dell'art. 40 è esteso non solo ai figli legittimi ed adottivi, ma anche ai figli naturali riconosciuti, ed ai loro discendenti.

I diritti guarentiti dall'art. 40 sui beni dell'assente sono regolati dall'art. 39; vale a dire, che i figli o i discendenti che abbiano ottenuta la restituzione dei beni devono riceverli nello stato in cui si trovano, salvo a conseguire il prezzo di quelli che non siano stati venduti, od i beni nei quali sia stato investito. Il vantaggio che la legge accorda loro, di preferenza ad ogni altro erede, è la dispensa dall'obbligo di provare la morte dell'assente; e ciò, in eccezione del principio generale secondo il quale chi allega la vita o la morte dell'assente è tenuto a provarla.

Digitized by Google

LEZIONE XVIII.

DEGLI EFFETTI DELL'ASSENZA CHE SONO COMUNI A DIVERSI PERIODI.

118. Indicazione di questi effetti.

Abbiamo esaminato finora gli effetti che sono speciali a ciascun periodo dell'assenza. Ma indipendentemente da questi ve ne sono alcuni più generali, i quali si producono tanto durante il periodo della presunzione d'assenza quanto dopo che sia già stata dichiarata: alcuni si estendono perfino al periodo della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente.

Le quistioni principali la cui soluzione è comune alle varie fasi dell'assenza sono le seguenti:

Qual è la situazione legale dell'assente durante i diversi periodi dell'assenza? E quali sono le conseguenze giuridiche che ne derivano?

Quali sono gli effetti dell'assenza circa i diritti eventuali che possono competere all'assente?

Quali sono gli effetti dell'assenza sul matrimonio dell'assente?

E sulla cura e tutela dei suoi figli?

Digitized by Google

119. Della situazione legale dell'assente nei vari periodi dell'assenza.

Come fu già accennato a più riprese, il principio che domina la materia dell'assenza è di considerare la vita e la morte dell'assente come egualmente incerte. Questo principio fu luminosamente espresso dagli autori del Codice civile francese, il cui titolo dell'assenza venne quasi letteralmente tradotto dalla maggior parte dei codici moderni, e particolarmente dal Codice italiano. Le discussioni che ebbero luogo al Consiglio di Stato francese sotto la presidenza del Primo Console volgono tutte intorno al principio stesso. Uno dei principali autori del Codice Napoleone, Bigot Préameneu, nella sua *Esposizione dei motivi* al Corpo legislativo si esprime nel modo seguente:

« Quando non è scorso molto tempo ancora da che un individuo si è allontanato dal suo domicilio, la presunzione di morte non può risultare da quest'assenza; dev'essere considerato come vivente. — (*Primo periodo:* — non presenza). Ma se, durante un certo numero di anni, si è privi di sue notizie, si considera allora che i rapporti di famiglia, di amicizia, di affari sono talmente inerenti al cuore ed alle abitudini dell'uomo, che la loro interruzione assoluta deve avere delle cause straordinarie, fra cui si colloca anche la possibilità della morte. – Allora sorgono due presunzioni contrarie, l'una, della morte, per la mancanza di notizie: l'altra, della vita, pel suo corso ordinario. La conseguenza giusta di queste due presunzioni contrarie è lo stato d'incertezza (*secondo periodo*: — presunzione di assenza). — Gli anni che pas-

sano rendono più forte la presunzione della morte: ma non è men vero che è sempre più o meno bilanciata dalla presunzione della vita: (*terzo periodo:* — la dichiarazione di assenza). E se allo spirare dei diversi periodi, occorre prendere nuove misure, queste devono essere calcolate secondo i diversi gradi d'incertezza, e non già esclusivamente sulla presunzione della vita o quella della morte ».

La stessa entrata nel *quarto periodo* (immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente) implica bensì la preponderanza della presunzione della morte su quella della vita, ma lascia sempre il dubbio sulla condizione dell'assente. « Il principio che l'assente non sia vivo nè morto è senza dubbio bizzarro, diceva Boulay De la Meurthe; ma è il prodotto della sapienza dei secoli: non si è ancora riusciti a trovarne uno migliore ».

Si possono caratterizzare i diversi periodi dell'assenza nel modo seguente: — Nei primi la presunzione della vita prevale su quella della morte; ma nell'ultimo, quello in cui ha luogo la immessione nel possesso definitivo, la presunzione della morte ha acquistato una grandissima probabilità, senza però costituire una prova qualsiasi.

Questo punto di diritto non è solamente teorico, ma vi sono connesse gravi quistioni. Ne citerò una sola: — quale sarà il valore di una stipulazione relativa alla successione di un individuo assente? Come è noto, secondo l'art. 1118, non si può rinunciare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima: e l'art. 1118 non è che un riassunto delle disposizioni del diritto romano (L. 1 e 7 *ff. de hered. vel act. vend.* – L. ult. *ff. de*

Digitized by Google

suis et leg. hered. — L. 30, *C. de Pact.*). Ora, l'assente non è nè vivo nè morto: sarà il caso di applicare l'art. 1118? - I giurisconsulti francesi sono assai divisi: è però evidente che non avendo il nostro Codice ammessa la presunzione di morte in nessun caso, come non l' ha ammessa il francese, qualunque stipulazione si faccia sulla successione dell'assente debba essere considerata come nulla. E se anche in seguito la morte fosse provata, ciò non varrebbe a convalidare la stipulazione proibita, per la massima che *quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere non potest.*

Riassumendo, si può adunque dire che qualunque sia il periodo dell'assenza, chiunque allega la vita o la morte dell'assente, deve provarla: e qualunque atto si faccia, basato sulla presunzione esplicita della morte o della vita dell' assente, è colpito di nullità.

120. Degli effetti dell' assenza circa i diritti eventuali che possono competere all'assente.

Il Codice Napoleone, quando passa a regolare gli effetti generali dell'assenza, divide il capitolo in due sezioni; e intitola la prima: — *degli effetti dell'assenza, relativamente ai beni che l'assente possedeva nel giorno della sua disparizione* - e la seconda: - *degli effetti dell'assenza relativamente ai diritti eventuali che possono competere all'assente.* Il nostro Codice non ha mantenuta la stessa divisione, e neppure il titolo della prima sezione; questo però spiegava assai chiaramente la distinzione gravissima che fa la legge fra

Digitized by Google

i beni e i diritti dell'assente all'epoca della sua disparizione, e le ragioni che gli potevano competere posteriormente al giorno dell'assenza.

Fanno parte della prima classe non solo i beni che formavano il suo patrimonio, ma anche i diritti condizionali, nati da un contratto, e che, quindi, erano già suoi fin d'allora, perchè poteva disporne; e passano perciò agli eredi; — fanno parte della seconda classe i diritti che non si aprono a profitto della persona chiamata a profittarne, se non quando essa vive ancora al momento in cui si compie l'avvenimento che li fa nascere; o in altri termini, i diritti la cui acquisizione è subordinata all'esistenza della persona chiamata a goderne e a esercitarli (art. 42). I principali di questi diritti sono:

1.° Il diritto di succedere; condizione necessaria per raccogliere una successione è di esistere quando essa s'apre (43, 724, 924); 2.° il diritto di raccogliere un legato (difatti, il legatario non lo acquista che se sopravvive al testatore (890), salvo le eccezioni contemplate dalla legge; 3.° il diritto di riversibilità, cioè, il patto col quale il donante ha stipulato di riprendere gli effetti donati nel caso in cui sopravvivesse al donatario (1071, 1072); 4.° i diritti nascenti dalle sostituzioni (articoli 895 e leg.); ecc.

Tali sono i diritti eventuali che possono competere all'assente, e dei quali l'art. 42 regola le condizioni nel modo seguente: « niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui si ignori l'esistenza se non provi che essa esisteva quando quel diritto è noto ». Questa disposizione non è altro, come si vede, che l'applicazione ordinaria della teoria delle prove: chiunque reclama un diritto deve

Digitized by Google

provare l'adempimento della condizione a cui è subordinato l'acquisto (L. 2, *ff. de probat.* — art. 1312). E l'art. 43 completa il disposto dell'art. 42, applicandolo al caso più frequente, quello delle successioni: « aprendosi una successione, alla quale sia chiamata in tutto od in parte una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione ».

Fra le quistioni a cui dà luogo l'applicazione degli articoli 42 e 43 sono gravissime le seguenti: 1.° In quali circostanze sono essi applicati? 2.° quali ne sono gli effetti? 3.° Qual' è l' estensione del diritto, di rappresentazione? 4.° Quali sono i diritti dell'assente che ricompare sia contro quelli che hanno raccolto in sua vece i beni, sia contro i terzi? — Esaminiamole partitamente.

121. Condizione dell'assente a cui vantaggio si apre un diritto.

In quali circostanze ed a qual'epoca dell'assenza sono applicabili le disposizioni degli articoli 42, 43 ? Malgrado qualche incertezza passata dei giurisconsulti e dei tribunali, oggimai prevale il principio che questi articoli sono applicabili a tutti i periodi dell'assenza propriamente detta: si fa eccezione solo pei non presenti. Tale è l'interpretazione data dagli autori del Codice Napoleone sugli articoli 133 e 136 (corrispondenti agli articoli 42 e 43 del nostro): e lo conferma Locré nel modo più esplicito (*Esprit du Code Civil, sur l'art.* 136). Quindi, tanto nel periodo della presunzione come

Digitized by Google

in quello della dichiarazione di assenza, tanto prima come dopo la immessione definitiva nei beni dell'assente, chi allega un diritto subordinato alla vita o alla morte dell'assente, deve provarlo: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (*L.* 21, *ff. de prob.*).

Il tribuno Huguet, nel suo discorso al Corpo legislativo, ha significato con un esempio l'ipotesi preveduta dall'art. 42. « Questa disposizione, diceva egli, è ragionevolissima. Un individuo creditore di un assente, pretende, per esempio, che il suo debitore ha diritto ad una successione apertasi dopo la di lui assenza: spetta a lui di provare l'esistenza di quello in nome del quale reclama, perchè questi, stante la sua assenza, non è reputato vivo nè morto: e in tal caso la presunzione non può bastare..... Come erede, bisogna che si presenti in persona; che provi la sua filiazione, e soprattutto la sua esistenza: che fornisca le prove della sua capacità »..... Duranton (I, 532) ha sviluppato questa dottrina con maggior precisione ancora: » Quando si tratta, così egli, di diritti che competono ad una persona d'incerta esistenza, e che sono reclamati da altri, fondandosi su ciò che egli li abbia raccolti e trasmessi loro, sebbene nello spirito della legge l'assente dichiarato sia presunto morto, non se ne debbe conchiudere che l'individuo non dichiarato assente sia presunto vivo. Lo si presume vivo quanto alla conservazione de' suoi diritti riguardo ai terzi, che ne abbiano anche dei subordinati alla condizione della sua morte, poichè questi non li possono esercitare: ma quanto all'acquisto dei diritti dipendenti dalla condizione della sua esistenza al tempo in cui hanno luogo, è più vero dire che la presunzione della morte prepondera su quelli della vita, e si applica in tutta la

Digitized by Google

sua forza il principio che ogni attore deve provare il fondamento della sua domanda (C. art. 1312) ».

Ora, il fondamento della domanda di coloro che reclamano un diritto competente a un individuo, dipende dalla condizione della esistenza di costui e dalla prova della sua sopravvivenza al tempo in cui nacque il diritto di cui si tratta: dunque gli attori devono provare che questa condizione è adempiuta, poichè la legge non ne presume l'adempimento (Merlin, sull'art. 136 del C. C. fr. — Toullier, 477, 478 — Delvincourt, 1, 54 — Demolombe, *Absence*, 203 — Marcadé, sull'art. 135 del C. C. fr.). La giurisprudenza nostrale e straniera ha oggimai consacrato il principio che gli eredi presenti non sono obbligati a tener conto di un coerede assente, la cui esistenza non è riconosciuta al momento in cui si apre la successione: che la regola è la stessa, sia che si tratti di un assente presunto, o di un assente dichiarato; e che spetta a colui che reclama in nome dell'assente l'obbligo di provare che quest'ultimo esisteva quando si apersero i diritti reclamati (Dalloz, *Absence*, 481).

È da notarsi la frase adottata dall'articolo 42: « niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona *di cui si ignora l'esistenza* ». Essa equivale alla espressione dell'art. 135 del Cod. Nap. che dice: *dont l'esistence ne sera pas reconnue*. Questa disposizione ha dato luogo ad alcune controversie, che sono felicemente risolte dai commentatori Astengo e compagni nei termini seguenti:

« Quando s'ignori la esistenza di una persona, in nome della quale si reclama un diritto, devesi provare che essa esisteva quando quel diritto è nato. Ma come provarlo? La legge non lo dice: quindi

bisogna ammettere che si possa provare con tutti i modi di prova ammessi dalle nostre leggi di procedura. Fra queste prove v'ha l'interrogatorio della parte. Che cosa adunque succederà ? Chi vorrà invocare il disposto dell'art. 42, interrogherà l'altra parte, se sia o non sia vero che l'assente esisteva quando nacque il di ritto che si reclama. L'interrogato o ricuserà di rispondere, o, rispondendo, ammetterà il fatto della esistenza, o lo negherà, o dichiarerà d'ignorarlo. Nel primo caso il fatto dedotto si avrà come ammesso: nel secondo si avrà per accertato: in entrambi, cioè, questi casi si avrà la prova voluta dalla legge: nel terzo caso finalmente si ricorrerà, come sempre, ad altre prove più positive e più serie. In sostanza, la legge vuole, non che l'esistenza dell'assente sia provata in modo assoluto, ma che sia provata rimpetto a colui al quale importa di escludere questa esistenza ». (Demolombe, *Absence,* 200 e seg. Zachariae I, 158 — Plassman, I, 327-332 — Mourlon, I, 481 e seg.).

122. Condizioni di chi surroga l'assente nel godimento dei diritti aperti in suo favore.

Quali sono gli effetti degli articoli 42 e 43? La legge ha stabilite alcune differenze non lievi fra i beni che l'assente possedeva al momento della sua disparizione o delle sue ultime notizie, i diritti eventuali che si aprono a suo profitto durante la sua assenza.

Finchè dura la presunzione, la legge provvede soltanto alla buona amministrazione del patrimonio dell'assente. Non è se non dopo tre o sei anni, dopo inchiesta e pubblicazione, che li confida, a titolo

Digitized by Google

temporaneo, a'suoi eredi presuntivi; questa immissione non ha però luogo di pien diritto: ma dev essere chiesta, e pronunciata da una sentenza. — Invece, quando si tratta di diritti eventuali aperti in profitto dell'assente, quelli che sono chiamati a raccoglierli in sua vece, ne sono investiti di pien diritto, immediatamente, senza inchiesta o pubblicazione.

Gli immessi nel possesso temporaneo sono soggetti a certe condizioni prescritte nell'interesse dell'assente e in previsione del suo ritorno e così danno cauzione, serbano una porzione dei frutti, ecc. La legge invece non richiede alcuna misura conservatoria dei diritti che si sono aperti a favore dell'assente dopo la sua disparizione. Coloro che ne sono provvisoriamente investiti in sua vece non sono sottomessi nè all'obbligo della cauzione, nè a quella della riserva; ma solo all'obbligo dell'inventario dei beni mobili e della descrizione dei beni immobili (art. 43).

Quegli che hanno ottenuto il possesso temporaneo dei beni dell'assente li tengono, non già a proprio nome come beni loro spettanti, ma a nome e per conto dell'assente; così non possono prescriversi per alcun lasso di tempo: l'assente, a qualunque epoca ritorni, anche dopo trenta o quarant'anni, può sempre esigere la restituzione dei beni. — Ben diversa è la condizione di coloro che ottengono, in luogo dell'assente, i diritti eventuali aperti in suo favore dopo la sua disparizione: essi li possiedono a proprio nome, per loro conto personale, in qualità di proprietari, come beni loro spettanti. Così possono acquistarne la proprietà per prescrizione, secondo il diritto comune. L'art. 44 lo dichiara in termini formali: « le disposizioni degli articoli 42 e 43 non pregiudicano la petizione di ere-

Digitized by Google

dità, nè gli altri diritti che spettassero all'assente od a suoi rappresentanti, od aventi causa: questi diritti non si *estinguono se non dopo decorso il tempo stabilito per la prescrizione* ».

La conclusione è dunque evidente: i diritti eventuali aperti a vantaggio dell'assente sono devoluti a coloro che sono chiamati a raccogliergli in sua vece: ma questa devoluzione o attribuzione non è che provvisoria: quelli che l'ottengono sono proprietari sotto la condizione risolutiva del ritorno dell'assente. Nondimeno, questa condizione risolutiva si verifica allora solo che l'assente ritorna prima del tempo stabilito per la previsione. In altri termini, la legge gli riserva, contro chi di diritto, e pel caso del suo ritorno, la petizione di eredità, e le ragioni che si fossero aperte in suo favore, e che spettano a lui. a' suoi rappresentanti od aventi causa; ma il diritto di petizione o di rivendicazione è soggetto a prescrizione; bisogna dunque che sia esercitato in tempo utile, sotto pena di decadenza: la legge non fa in questo caso eccezione alcuna.

Un'ultima differenza fra gli effetti della immessione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente e quelli dell'apertura di diritti eventuali in suo favore è questa: che i primi, restituendo i beni amministrati, non ritengono per sè che una porzione dei frutti che hanno percepiti: invece coloro che hanno raccolto, in vece dell'assente, la successione o qualsiasi altro diritto apertosi in suo favore, conservano la totalità dei frutti che hanno percepiti in buona fede. L'art 45 è formale: — finchè l'assente non si presenta, o le azioni a lui competenti non sono promosse in suo nome, quelli che hanno raccolta la successione, non sono

Digitized by Google

obligati a restituire i frutti percepiti in buona fede, quando anche non li avessero ancora consumati. Veramente l'art. 45 parla soltanto dei frutti di una successione: ma prevedendo specialmente questo caso, non ha voluto derogare nel resto, a questa regola di diritto comune, che si applica quindi a tutti gli altri diritti. Ha voluto soltanto stabilir bene la differenza dal diritto romano, secondo il quale, il possessore di una successione, restituendola, doveva nel tempo stesso restituire i frutti che non fossero ancora consumati. *Si quis a non domino, quem dominum crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex alia justa causa acceperit, placuit fructus quos percepit ejus esse..... Si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* Se però il possessore sarà di mala fede, dovrà restituire non solo i frutti percepiti e ancora esistenti in natura, ma altresì l'equivalente di quelli che avrà consumati.

Ma la mala fede non comincierà già, come nel diritto romano, da quando il possessore saprà di non essere proprietario, quantunque non si sia proposta azione contro di lui (L. 20, 6, 11, *de her. pet.*); bensì dal giorno della domanda giudiziale (Comb. articoli 701, 702, 703, 933). Si fa dunque eccezione alla regola, secondo la quale ogni universalità si accresce di tutto ciò che essa produce: *fructus augent haereditatem*). (Merlin, *Repert. absent,* 45 — De Molly, 640 — Mourlon, I, 488 e seg. — Demolombe, 214 e seg.).

Digitized by Google

123. Diritto di rappresentazione circa le ragioni eventuali dell'assente.

Quale è l'estensione del diritto di rappresentazione? — Tutti sanno a quali lunghe ed ardenti controversie diè luogo il quesito se, in mancanza dell'assente, sia ammesso a favore dei suoi il diritto di rappresentazione. Il nostro Codice le ha saviamente troncate, disponendo che in ogni caso rimanga salvo questo diritto (art. 43). Anche il Codice Albertino (art. 100) avea adottata questa soluzione, che del resto avea in suo favore l'autorità dei più eminenti giurisconsulti e, ciò che importa assai di più, i principii general di diritto.

Si è chiesto quale sia l'estensione del diritto di rappresentazione, e se le regole sancite dagli articolo 729 e seg. sono applicabili a coloro che sono chiamati a rappresentare un assente. La risposta affermativa non può essere dubbia.

Che la controversia rimanga viva sotto il Codice Napoleone, si comprende; ma sotto il nostro è assolutamente impossibile, ove si combinino gli articoli 43 e 734. Ecco il disposto di questo secondo articolo: « non si rappresentano le persone viventi; eccetto che si tratti di *persone assenti* »..... Ora è noto che il corrispondente art. 744 del Codice Napoleone non contiene questa eccezione. È poi da notare che il nostro art. 734 non apporta restrizione alcuna al diritto di rappresentazione quando si tratta di un assente.

Digitized by Google

124. Diritto dell'assente di cui venga a constare l'esistenza.

Quali sono i diritti dell'assente che ricompare, relativamente alle cagioni eventuali che gli possono competere? O, in altri termini, gli atti di amministrazione e di disposizione fatti da quelli che hanno raccolto una successione invece dell'assente, possono essi venirgli opposti quando esso ritorna e si fa restituire la successione? Le alienazioni e le ipoteche consentite dell'erede apparente, sono esse valide circa l'erede vero, che ha fatto riconoscere i suoi diritti?

Nel diritto francese è tuttora viva la controversia.

Il nostro Codice l'ha sciolta coll'art. 933. Dopo aver dichiarato che l'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione, fa a questo principio le eccezioni seguenti:

1.° Sono sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso, fatte di buona fede coll'erede apparente.

2.° Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituirne il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato.

3.° L'erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale (43 e seg., 933 e seg.).

Onde dare all'assente od a suoi rappresentanti od aventi causa, i mezzi di conoscere quali sono le alienazioni fatte dei beni componenti la successione, l'articolo 43, con utile innovazione attinta all'art. 100 del Cod. Albertino, esige che coloro ai quali, in mancanza

Digitized by Google

dell'assente, è devoluta la successione, facciano procedere ad un inventario dei mobili ed alla descrizione degli immobili.

105. Effetti dell'assenza sul matrimonio dell'assente.

L'influenza esercitata dall'assenza sul matrimonio può essere considerata sotto tre aspetti: — se possa scioglierlo — se possa annullare il secondo matrimonio del conjuge dell'assente: — se metta termine, e quando, alla potestà maritale: — come regoli la condizione dei beni, nei rapporti fra marito e moglie.

Esaminando la prima delle tre quistioni indicate, vediamo tosto che essa non può avere se non una soluzione assolutamente negativa. L'incertezza della vita o della morte dell'assente non basta mai per operare lo scioglimento del matrimonio, il quale non si scioglie che colla morte di uno dei conjugi (art. 148). Fra i documenti che gli sposi devono presentare all'ufficio dello stato civile vi sono gli atti di morte, o le sentenze che provino lo scioglimento o la nullità dei precedenti loro matrimoni (79). Quale di questi documenti potrà presentare il conjuge dell'assente? Nessuno. D'altra parte, poniamo che la dichiarazione di assenza sciogliesse il matrimonio. Lo scioglimento sarà egli provvisorio o definitivo? Se provvisorio, si accorderà ad un conjuge il diritto di contrarre matrimonio sotto una condizione risolutiva: e ciò contro la lettera e lo spirito delle nostre leggi: se definitivo, si priva irevocabilmente e arbitrariamente il conjuge assente della sua qualità. Il matrimonio dell'assente è dunque sempre valido e indissolubile, e non si scioglie che con la morte.

Digitized by Google

Ma può avvenire che la proibizione della legge sia delusa, e che il conjuge dell'assente riesca a contrarre un secondo matrimonio. Sarà annullato? A ciò risponde il secondo capitolo dell'art. 113, secondo il quale « il matrimonio contratto dal conjuge dell'assente non può essere impugnato finchè dura l'assenza ».

Questa disposizione ha dato luogo in Francia ed in Italia alle più vive controversie. La Commissione incaricata di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del Codice civile italiano portò la sua attenzione su questo articolo, che nei vari progetti era concepito in termini presso che uguali a quelli dell'art. 139 del C. Nap. Esso disponeva infatti che « il matrimonio contratto dal conjuge di un assente non può essere impugnato se non dall'assente stesso, o da un suo procuratore speciale, munito della prova della sua esistenza ». Un commissario espresse il timore che questa disposizione fosse d'ostacolo all'azione pubblca che il Pubblico Ministero intendesse di promuovere, nell'interesse sociale; propose che si aggiungessero le parole — *salva sempre l'azione del Publico Ministero in caso di bigamia* — Ma tale proposta fu declinata come superflua, poichè l'azione penale è indipendente dall' azione civile, per cui il Pubblico Ministero non potrebbe trovare ostacolo nella disposizione dell'articolo 213, avendo sempre facoltà di agire per reato di bigamia, la quale, quando venga accertata, ha evidentemente per conseguenza di render nullo il matrimonio, perchè si sarà constatata l'esistenza dell'impedimento dirimente di cui all'art. 56 del Codice. In seguito l'articolo fu corretto, e ridotto alla forma che ora ha: ondechè, in qualunque modo cessi l'assenza, si apre il diritto d' impugnare il matrimonio in favore delle per-

Digitized by Google

sone cui lo riconosce la legge. Per cui, se anche l'assente reduce volesse rimanere inattivo, pure le persone interessate, e lo stesso Pubblico Ministero, avrebbero diritto di provocare la nullità; non sarebbero esclusi se non coloro che agiscono per motivi privati pecuniarii. Tale è il senso del secondo capoverso dell'art. 113 quale venne finalmente compilato: per cui, finchè dura l'assenza, nessuno ha diritto di chiedere lo scoglimento del secondo matrimonio, neppure quelli che lo hanno contratto. Che se l'assente viene a morire la sua morte, mettendo termine ad ogni azione civile o penale, consolida in modo definitivo il matrimonio illegalmente compiuto. — (*Procès verbaux du Conseil d'Etat, V.* II, 485 — Huguet, *Rapport au Corps legislatif* — Demolombe *Absence*, 177. — *Processi verbali della Commissione italiana di coordinazione*, 4.° 9).

Quali sono gli effetti dell'assenza del marito sulla potestà maritale? Il nostro Codice, come è noto, ha mantenuto il sistema dell'autorizzazione maritale, per gli atti delle donne che eccedono la semplice amministrazione (art. 134). Ma, come vedremo più innanzi, ne ha ristretto alquanto gli effetti, sia consentendo al marito la facoltà di dare alla moglie l'autorizzazione in generale, sia aumentando il numero e il valore delle circostanze in cui questa non è necessaria; e l'art. 135 dispone infatti che quando il marito è assente cessa l'interdizione sancita dall'art. 134.

È da osservarsi che l'art. 135 non distingue fra assenza presunta e assenza dichiarata, per cui deve argomentarsi che il suo disposto si applica egualmente nei due periodi dell'assenza; infatti, quando ha voluto distinguere, lo ha fatto (articoli 46, 1441). D'altra parte, quando il marito è assente, come potrà la mo-

Digitized by Google

glie ottenere da lui l'autorizzazione? Siccome poi l'articolo 136 indica tassativamente i casi nei quali all'autorizzazione maritale può supplire la giudiziale, e fra queste non è indicata nè l'assenza, nè altro motivo d'impossibilità per parte del marito, ne segue che la semplice assenza presunta basta a sciogliere su questo punto la potestà maritale. Abbiamo poi in favore di questa opinione un argomento decisivo, fornitoci dall'art. 46, il quale deferisce alla madre la patria potestà pei figli minori, quando l'assenza sia solamente presunta; ora, secondo l'art. 220, la madre non assume la patria potestà se non quando il padre è morto o nella impossibilità di esercitarla. Perchè l'assenza presunta non avrà gli stessi effetti della potestà maritale? L'analogia è di tutta evidenza.

Resta ora da osservare quali sono gli effetti dell'assenza sui beni dei conjugi. — Finchè l'assenza è presunta, il contratto di matrimonio conserva la sua forza. Ma quando l'assenza è dichiarata, il conjuge dell'assente ha diritto di esigere ciò che gli spetta: 1.° in forza delle convenzioni matrimoniali; 2.° per titolo di successione; 3.° ove occorra, una pensione alimentaria da determinarsi secondo la condizione della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente; 4.° lo scioglimento della comunione (art. 26, 1441). Finchè dura però la comunione, se l'assente è il marito, la moglie adempie validamente tutte le attribuzioni che la legge conferisce al marito (articoli 136 1438 e seg.).

Digitized by Google

126. Effetti dell'assenza sulla tutela o cura dei figli minori dell'assente.

Venne già avvertito che, ove l'assente presunto lasci figli in età minore, la loro madre è investita dall'esercizio della potestà patria, in conformità dell'art. 220. Così, quando l'assente è la madre, non succede cambiamento alcuno nella condizione dei figli; solamente, per contrarre matrimonio non hanno bisogno che dell'unico consenso del padre (art. 55). L'assenza invece del padre li fa passare di pien diritto sotto la potestà della madre, la quale ha quindi su di essi i diritti regolati dagli articoli 420 e seguenti.

Ma può avvenire, quando si verifica la presunzione di assenza, che la madre non sia vivente: — o che essa muoia prima che l'assenza sia dichiarata: — o si trovi nella impossibilità di esercitare la patria potestà. — Ove abbia luogo uno di questi casi (preveduti egualmente dell'art. 47 e dall'art. 241, che ne è una ripetizione), allora si apre la tutela. Nel regolare il da farsi in tale stato di cose, l'art. 47 si riferisce all'art. 244, secondo il quale la tutela, in mancanza di tutore nominato dal genitore, è deferita all'avo paterno, ed in sua mancanza all'avo materno. La sola differenza che vi è fra il disposto dei due articoli è che gli ascendenti non ricevono la tutela dei figli minori dell'assente dalla legge, bensì dal consiglio di famiglia. Ove poi manchino gli ascendenti, la tutela è deferita ad un tutore temporaneo, il quale però è soggetto a tutti i doveri che nascono dalla tutela ordinaria e permanente.

Digitized by Google

LEZIONE XIX.

DELLA PARENTELA, DELL'AFFINITA' E DELLE PRINCIPALI CONSEGUENZE GIURIDICHE CHE NE DERIVANO.

127. Motivi del titolo della parentela e dell'affinità.

In nessuno dei Codici moderni che hanno preso a modello il Codice Napoleone si trova un titolo analogo al quarto del primo libro del nostro Codice; perchè in tutte le regole che riguardano la parentela e l'affinità, e che determinanano la computazione civile dei vari gradi, sono state collocate nel titolo delle successioni. Il Codice austriaco, con assai maggiore opportunità, regola questa materia nel primo capitolo, in cui tratta dei diritti che si riferiscono alle qualità e relazioni personali (articoli 40, 41, 42).

Gli autori del nostro Codice hanno creduto dare il luogo più acconcio a questo titolo, collocandolo prima del matrimonio, e dopo l'assenza: ma fu un errore; perchè anche il titolo dell'assenza implica un certo numero di quistioni strettamente connesse coi diversi gradi di parentela che legano gli immessi nel possesso temporaneo nei beni dell'assente con l'assente medesimo (articoli 26, 29, 30, 31). In ogni modo, il titolo quarto è sempre stato una lodevole innovazione, come quello che raccoglie in pochi articoli ed in luogo distinto i principii regolatori della parentela e della affinità, da cui scaturiscono doveri e diritti speciali.

Digitized by Google

È però evidente che l'innovazione sarebbe stata più completa e più razionale, se in questo titolo si fossero raccolte tutte le regole più essenziali sulla parentela e sull'affinità, o, per parlare più esattamente, sul diritto di famiglia. Il luogo era veramente acconcio per disporvi con brevità e precisione le conseguenze giuridiche tanto della parentela come dell'affinità. Si poteva fare la distinzione voluta fra la parentela civile e la naturale, la parentela legale e l'adottiva: si potevano sopratutto riassumere in questo titolo le regole che concernono il diritto e il dovere degli alimenti, regole che ora sono sparse in mille parti diverse del Codice (articoli 133, 138, 146, 186 e 5, ecc.). Sarebbe stato parimente logico trasportare in questo titolo le norme direttive del diritto di rappresentazione, materia essenzialmente di diritto domestico come quella che trae tutta la sua ragion d'essere dalle leggi ordinative della famiglia civile. Si poteva, in una parola, fare di questo titolo il Codice completo della parentela e dell'affinità.

Gli autori del Codice si sono invece fermati a mezza via. Io credo nondimeno che sia utile cosa tenermi fedele piuttosto alla logica delle materie che al testo preciso del titolo; e in questa lezione non solo tratterò della parentela e dell'affinità, ma riassumerò altresì le principali conseguenze giuridiche che ne derivano, lasciandone l'ulteriore sviluppo ai titoli speciali nei quali esse sono più ampiamente regolate.

128. Della parentela in generale.

Nel linguaggio comune col vocabolo di parentela s'intende non solo la parentela propriamente detta,

Digitized by Google

ma altresì l'affinità nei diversi suoi gradi. Ma nel linguaggio giuridico sono due cose perfettamente distinte: la parentela è il vincolo stabilito, sia dalla natura fra le persone che discendono da una stessa stirpe (articolo 48), sia dal solo effetto della legge, per esempio fra l'adottante e l'adottato (art. 210 e seg.). L'affinità invece è il vincolo che lega un conjuge ai parenti dell'altro conjuge (art. 52).

La parentela si può dividere in quattro ordini distinti: 1.° la parentela ad un tempo naturale e civile: ed è la parentela legittima, quella, cioè, che deriva non solo dai vincoli del sangue, ma altresì dalla conformità alle norme dello stato civile; 2.° la parentela esclusivamente civile: quella che deriva dall'adozione, 3.° la parentela imperfettamente legale, che risulta dal riconoscimento di un figlio nato fuori del matrimonio; 4.° la parentela semplicemente naturale, che è un fatto, non un diritto, e che non produce effetti legali fra i genitori e la prole illegittima che non hanno riconosciuta o che non possono riconoscere.

L'insieme delle persone discendenti da un autore comune forma la famiglia: *appellatur familia,* dice la L. 195. D. *de verb. sign. plurimum personarum quae ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.* Ogni figlio che contrae un nuovo matrimonio e procrea dei figli, forma una nuova famiglia di cui è l'autore, il tronco comune; nondimeno egli continua ad essere della famiglia di suo padre, del suo avo, e così di seguito; di guisa che ogni famiglia particolare e compresa in una seconda famiglia, questa in una terza, ec. La cerchia della parentela si allarga, ma non si rompe.

Il vocabolo parente viene dal latino *parere,* gene-

Digitized by Google

rare: a Roma, nel suo senso primitivo, significava gli ascendenti: *tutela parentum,* dicono le *Institutiones.* A poco a poco però questo vocabolo perdette il suo senso primitivo: e nell' ultimo periodo del diritto romano si applica a tutte le persone unite dal vincolo del sangue.

Il diritto romano distingueva tre specie di parentela:

1.° La *cognazione,* la quale, presa in un senso generale, esprimeva la parentela naturale, ma in un senso più ristretto, comprendeva la parentela per parte delle donne: questa però non dava origine ad alcun diritto di famiglia: così la legge delle dodici Tavole non menziona i cognati fra i parenti chiamati a succedere. Solamente più tardi il diritto pretoriano mitigò su questo punto il rigore del diritto quiritario.

2.° L'*agnazione*: questa sola costituisce giuridicamente la famiglia, ed è distinta da due caratteri essenziali, la discendenza per via dei maschi, e la potestà patria: *sunt autem agnati, per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus fratris filius, neposve ex eo, item patruus et patrui filius, et nepos ex eo* (Gajo, 1, 152). Ma ciò che forma il carattere essenziale dell' agnazione è la potestà patria: agnato è soltanto colui che vi è soggetto: chi ne esce, cessa di esserlo. Così sono agnati non solo coloro che, nati da giuste nozze, sono perciò soggetti alla patria potestà, ma anche coloro cui il capo introduca nella famiglia coll' adozione o coll'arrogazione: così egli può spezzare il vincolo dell'agnazione, emancipando i suoi figli.

Guérard (*Essai sur le droit privé des Romains,* 225) fa derivare il vocabolo *familia* da *famel,* parola

Digitized by Google

osca, che significava *schiavo*: e questa etimologia, se è esatta, indica bene l'estensione della patria potestà a Roma (Mommsen, *Storia Romana*, I, 2, 5). Alla morte del padre ogni figlio diviene *sui juris*, e ricomincia per sè una famiglia di cui, a sua volta, sarà il capo: ma ciò non ispezza i vincoli di agnazione (Ulpiano, L. 195, D. *de verb. signif.*). L'agnazione può dunque essere definita: – l'insieme delle persone che sono state o hanno potuto essere sottomesse al medesimo capo (Laferrière, *Histoire du droit*, I, 80. Dalloz, T. 25, p. 27). La parola famiglia aveva inoltre varii sensi; essa abbracciava anche gli schiavi: *familiae appellatio omnes servos comprehendit, sed et filii continentur* (Ulpiano, L. 195, *de verb. signif.*). Esprimeva pure, — sia la riunione di tutti parenti maschi, — sia l'insieme delle diverse famiglie, che sarebbero state sotto la potestà dello stesso capo, se vivesse ancora, *qui ex eadem domo et gente proditi sunt* (Ulpiano, *eod. loc.*) — sia tutto un corpo di cognazione (*Idem*) — Il vocabolo famiglia serviva finalmente a significare tutti i beni, tutto il patrimonio del capo: *adgnatus proximus familiam habeto* (*Legge delle Dodici Tavole, tav.* V. 4, Ulp. *Reg.* XXV, ast. 1, — Paolo, *sent.* IV, 7, 8, 3 — Gajo, *Inst. comm.* I, 155 e seg. — Dalloz, vol. 25 pag. 27, Guérard, 217).

3.° La *gentilità* era una terza specie di parentela, e, per meglio dire, di aggregazione civile. Secondo le Dodici Tavole, in mancanza di agnati passava ai gentili: *si agnatus nec escit* (*o nec erit?*), *tunc gentilis familiam nancitor* (Tav. V, 5). — Gli storici e i giurisconsulti sonosi adoperati con molta cura per conoscere questo diritto di *gentilità*, che, sebbene caduto in disuso sotto gli Imperatori, pare nondimeno abbia

avuto una certa importanza nei primi periodi del diritto romano (Eineccio, *Ant. rom.* 3, 2 — Guérard, p. 212 — Niebuhr, St. *rom.* V. I — Blondeau, *Instit.* T. II, p. 125. — Laferrière, I, p. 78 e seg.).

Nel diritto moderno nessuna di queste distinzioni romane è stata mantenuta; e dell'ordinamento agnatizio è rimasto solo quel tanto che era necessario a serbare l'unità delle tradizioni o del nome. Ecco le disposizioni principali con le quali è regolata la parentela: — essa è il vincolo che lega le persone che discendono da un autore comune; la legge però non riconosce questo vincolo oltre il decimo grado (ar t. 48); la prossimità della parentela si stabilisce secondo il numero delle generazioni. Ciascuna generazione forma un grado (art. 49). La serie dei gradi forma la linea. È linea retta la serie dei gradi tra le persone che discendono le une dalle altre: è linea collaterale la serie dei gradi tra le persone che hanno uno stipite comune, senza discendere le une dalle altre. La linea retta si distingue in discendente ed ascendente. La prima lega lo stipite con quelli che ne discendono: la seconda una persona a coloro dai quali essa discende (art. 50).

Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni, non compreso lo stipite. Nella linea collaterale, i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune, e da questo discendendo all'altro parente, non compreso parimente lo stipite (art. 51).

Come si vede, se non venne conservato l'ordinamento romano nella costituzione della famiglia, e nelle attribuzioni giuridiche del suo capo, si è nondimeno accettata la divisione e la definizione dei gradi

e la distinzione rispettiva dei vari elementi che compongono la società domestica Tutto il titolo della parentela e dell'affinità del nostro Codice è stato pressochè estratto letteralmente dal titolo decimo del libro trentesimo ottavo del Digesto, a cui bisogna ricorrere per avere una completa teoria della parentela e della affinità.

Appena occorre avvertire che i gradi di parentela sono computati secondo il diritto civile, diverso in ciò dal diritto canonico. È noto, infatti, che nella computazione canonica i gradi nella linea trasversale sono diversamente contati: e ve ne sono tanti, quante sono le persone generate in una delle due linee, cominciando però dalla persona più remota, quando le linee sono ineguali, e non compreso mai lo stipite.

129. Della linea retta.

La linea retta, abbiamo veduto, è quella che comprende una serie di persone che discendono l'una dall'altra, e che si suddivide a sua volta in discendente ed ascendente. I romani avevano una terminologia particolare per designare i primi sei gradi di ascendenti: 1.° *pater;* 2.° *avus;* 3.° *proavus;* 4.° *abavus;* 5.° *atavus;* 6.° *tritavus;* più in sù, gli ascendenti portavano tutti il nome di *majores* (L. 10, 7, D. *de gradibus*). I nomi usitati nella nostra lingua non oltrepassano i primi quattro gradi: 1.° il padre; 2.° l'avo; 3.° il proavo; 4.° il trisavolo o terzavolo: e si può dire, anzi, che quest'ultimo nome è assai poco usato. È però da notarsi che il numero degli ascendenti va raddoppiandosi ad ogni grado: due al primo, quattro

Digitized by Google

i loro discendenti; 2.° gli zii, le zie e i loro discendenti; 3.° i prozii, le prozie, e i loro discendenti. Per misurare il grado di parentela che lega fra loro due collaterali bisogna cercare nella linea retta il primo degli ascendenti che è comune a loro tutti, computare i gradi che dall'uno di essi salgono fino a quell'ascendente, e quelli che da lui discendono sino all'altro, e addizionarli. Così, per computare i gradi che vi sono tra due fratelli dobbiamo risalire da l'uno di essi al padre e discendere all'altro; e troviamo due gradi: il primo, che ascende da un fratello al padre; il secondo che discende dal padre all'altro fratello. Così fra uno zio e il nipote abbiamo il terzo grado di parentela trasversale. Risalite da A, stipite, a B, padre suo, avete il primo grado: risalite a C, avo suo, e padre di B e di D, avete il secondo grado; scendete a D, fratello di B e zio dello stipite, ed eccovi il terzo grado. Fra due cugini germani, vi sono quattro gradi; due che dall'uno di essi salgono all'avo comune, e due che da questo scendono all'altro cugino.

Il primo posto fra i collaterali appartiene dunque ai fratelli e alle sorelle ed ai loro discendenti. Colle parole fratelli e sorelle sono significati non solo coloro che nascono dallo stesso padre e dalla stessa madre, ma anche i figli che hanno comune un solo genitore: con questa differenza, che i primi si chiamano fratelli e sorelle *germani;* sono fratelli e sorelle *consaguinei,* quelli che nascono dallo stesso padre, ma non dalla stessa madre; e *uterini* quelli che hanno comune solamente la madre. Queste diverse condizioni recano alcuni effetti legali: 1.° nella tutela; le sorelle germane non maritate possono essere tutrici dei fratelli e sorelle minori (art. 268); 2.° nella parte di suc-

Digitized by Google

Come si vede, lo stipite, sebbene in realtà formi un grado anche esso, perchè rappresenta una generazione, tuttavia non è compreso nella computazione dei gradi della linea ascendente e discendente. Sicchè, ove si computassero complessivamente i diversi gradi, contenuti nella tavola precedente, si avrebbero nel totale sette gradi, essendo sette le generazioni ivi contemplate, scendendo dal proavo al pronipote. Siccome però negli effetti che produce la parentela in linea retta il più prossimo esclude il più remoto (successione, ec.), e i discendenti precedono gli ascendenti, così la computazione distinta dei gradi è una necessità.

Non si può per altro a meno di deplorare l'insufficienza della nostra lingua, la quale ci obbliga a chiamare collo stesso nome di nipote tanto il figlio che discende dal figlio, come il figlio nato dal fratello.

Non è necessario avvertire che tutte le regole applicate alla linea degli ascendenti e discendenti paterni si applicano altresì alla linea dei materni; per cui la linea retta ascendentale, come già fu accennato, si accresce del doppio in ogni grado.

130. Della linea collaterale.

La linea collaterale è la serie dei gradi tra le persone che hanno uno stipite comune senza discendere le une dalle altre. In questa linea i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune, e da questo discendendo fino all'altro parente, non compreso parimente lo stipite (articoli 50, 51).

I parenti collaterali sono: 1.° i fratelli e le sorelle e

Digitized by Google

Il primo posto fra i collaterali appartiene dunque ai fratelli e alle sorelle ed ai loro discendenti. Colle parole fratelli e sorelle sono significati non solo coloro che nascono dallo stesso padre e dalla stessa madre, ma anche i figli che hanno cómune un solo genitore: con questa differenza, che i primi si chiamano fratelli e sorelle *germani;* sono fratelli e sorelle *consanguinei,* quelli che nascono dallo stesso padre, ma non dalla stessa madre; e *uterini* quelli che hanno comune solamente la madre. Queste diverse condizioni recano alcuni effetti legali: 1.° nella tutela; le sorelle germane non maritate possono essere tutrici dei fratelli e sorelle minori (art. 268); 2.° nella parte di successione dei genitori: la quota dei fratelli consanguinei ed uterini è minore di quella dei fratelli germani (articolo 740).

Le sorelle sono generalmente comprese sotto la denominazione di fratelli, a meno che non risulti chiaramente, sia dall'insieme della frase nella quale venne impiegata la parola *fratelli,* sia da qualsiasi altro documento, sia finalmente dalla natura stessa della disposizione da interpretarsi che si vollero escluse le sorelle (L. 35, *de Pactis.* — L. 38, *famil. ercisc.* — L. 93, *de Leg.* 3. — Pothier *des Donat. et des test. Cap.* 7 *reg.* 21 — Merlin, *Questions de droit, V.° Soeur*). I fratelli però non sono mai compresi sotto la denominazione di sorelle.

Nel diritto romano (L. I, 6 e 7, — L. 7. ff. *de gradibus*) vi erano nomi particolari per indicare i diversi parenti collaterali; lo zio paterno si chiamava *patruus; avunculus,* lo zio materno: *amita,* la zia paterna, *matestera,* la zia materna. — I cugini germani portavano volgarmente il nome di *consobrini*: ma,

Digitized by Google

per maggiore esattezza, i cugini figli di due fratelli erano detti *fratres patrueles, sorores patrueles*, i cugini di due sorelle, *consobrini*, *consobrinae*, e i cugini figli di fratello e sorella *amitini, amitinae*. Nessuna di queste denominazioni è passata nel nostro linguaggio giuridico.

L'art. 48 riduce al decimo grado gli effetti della parentela, che il Codice Napoleone e gli altri Codici moderni estendono fino al dodicesimo. È noto che la legge toscana 18 agosto 1814, sulle successioni, aveva già fissato questo limite, nel suo art. 26. Estendendo troppo oltre gli effetti della parentela, si è temuto di aprir l'adito a complicazioni, a pericoli, e ad incertezze, specialmente in materia di successioni, A mio avviso però era preferibile il sistema francese; il quale non devolve allo Stato le successioni, se non quando mancano parenti in dodicesimo grado. Per me al punto di vista tanto giuridico come economico, ogni passaggio di successione allo Stato è un fatto così poco desiderabile, da doversi evitare, finchè vi sono parenti la cui qualità sia incontestata.

131. Dell'affinità.

L'affinità, dice l'art. 52, è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. Nella linea e nel grado in cui taluno è parente con un coniuge, è affine dell'altro coniuge. — L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal quale deriva, salvochè per alcuni effetti, nei casi specialmente determinati dalla legge.

Le disposizioni contenute in questo articolo sciolgono molte questioni alle quali avea dato origine il

Digitized by Google

Codice Napoleone, che non si occupava dell' affinità se non relativamente al matrimonio civile ed all'obbligo di prestazione degli alimenti (161 e seg.). Le principali sono: — se gli affini di un coniuge siano affini altresì dell'altro: — se l'affinità possa derivare da altro vincolo che non sia quello del matrimonio: — se e quando finisce l'affinità.

Che gli affini di un coniuge debbano ritenersi per affini altresì dell' altro, era principio già accettato dal diritto romano (*L. 4, ff. de grad. et ad fin.*): e Pothier (*du mariage*, T. 3, p. 362), Domat (*Lois civiles*, Chap. 3) hanno sviluppato questo principio, fondandosi su ciò; che il matrimonio, facendo degli sposi quasi una sola persona, *una et eadem caro*, associa necessariamente ciascun coniuge alla parentela dello altro. Infatti, è dal matrimonio solo che ha risultato l'affinità: *conjungendae adfinitatis causa fit et nuptiis* (*L. eod*). Ciò s'intende però in diritto civile: perchè le leggi canoniche riconoscono due specie di affinità; l'una, risultante dal concubinato (della quale sarà parlato più oltre), e l'altra, chiamata spirituale, che esisteva fra la persona battezzata e i suoi padrino e madrina.

Secondo le nostre leggi adunque l'affinità è esclusivamente limitata al vincolo fra un conjuge e i parenti dell'altro conjuge: ma gli affini del marito non divengono quelli della moglie, nè quelli della moglie divengono gli affini del marito: *adfinitas adfinitatem non generat*. Un individuo può dunque sposare la cognata di suo fratello; un padre sposar la suocera di suo figlio, ecc.

La seconda controversia troncata dall'art. 52 è quella che sorse dal silenzio del Codice Napoleone

Digitized by Google

sulla quistione se l'affinità possa nascere altrimenti che col matrimonio: ma quando la legge parla di conjuge, dicono giustamente gli autori del C. C. annotato, elimina con ciò evidentemente perfino l'idea di chi non sia assolutamente tale, come nel concubinato, o di chi non lo sia legalmente, come nel matrimonio nullo. Il produrre o non produrre affinità non è uno di quelli effetti civili che la legge per eccezione attribuisce al matrimonio nullo in cui sia intervenuta la buona fede, sia perchè questa, siccome può esservi per un coniuge e non per un altro, sarebbe assurdo che si scindesse la qualità di affine: sia perchè l'affinità è talvolta più un onere che un vantaggio, si darebbe con questa teorica un premio alla mala fede; sia infine perchè, non interessando di sapere se siavi o no l'affinità per altro che per gli impedimenti al matrimonio, al momento in cui si darebbe vita alla medesima, non sussistendo più il matrimonio dichiarato nullo, ed anzi, considerandosi come se non avesse mai sussistito, non vi sarebbe alcun plausibile motivo per fargli creare un impedimento così grave.

Fin quando dura l'affinità? Nel diritto romano durava solo quanto il matrimonio. Il diritto canonico invece la fece vivere anche dopo che il matrimonio fosse sciolto. Il nostro art. 52 adottò il sistema del diritto canonico: per cui la morte del conjuge da cui deriva, anche avvenuta senza lasciar prole, continua a produrre i suoi effetti, salvo alcuni casi specialmente determinati dalla legge, come l'obbligo degli alimenti nella circostanza indicata dall'art. 52 e il diritto di ricusazione di un giudice, nel caso contemplato dallo art. 116 del Codice di procedura civile.

Le regole della parentela sulla linea retta e sulla

Digitized by Google

trasversale si applicano altresì all'affinità, sebbene non ne derivino le medesime conseguenze. Così quelli tra li affini che fanno parte nella linea retta si chiamano suocero, *socer;* suocera *socrus;* genero, *gener;* nuora, *nurus;* patrigno, *vitricus;* matrigna, *noverca;* figliastro, *privignus*. figliastra, *privigna*. Il cognato è *levir*: la cognata, *glos:* le mogli di due fratelli, *janitrices* (*Tit. D. de gradibus et adfinit.*).

Secondo il diritto romano, l'affinità non ha gradi: *gradus autem adfinitatis nulli sunt.* (*Tit. eod.* 4, D). Secondo le nostre leggi invece ciascuno è affine ad un conjuge nella linea e nel grado in cui è parente all'altro. È ben vero che non essendovi generazioni di persone nel senso ordinario che si dà a questa parola nella linea parentale, non si hanno propriamente gradi di affinità: e in ciò la legge romana si esprime esattamente. Ma il nostro art. 52 computa i gradi di affinità, fondandosi appunto sui gradi di consanguineità: così il figliastro è affine in primo grado colla matrigna, la nuova lo è parimente col suocero; due cognati sono affini tra loro in secondo grado; e via dicendo.

132. Effetti giuridici della parentela e dell'affinità.

La parentela e l'affinità hanno sempre prodotto sotto tutte le legislazioni non poche conseguenze giuridiche, che ora si risolvono in diritti, ora in obbligazioni ed oneri, ora in privilegi. Importa quindi esaminar brevemente le principali, distinguendole, secondo che derivano dalle leggi civili, dalle leggi commerciali, dalle leggi penali e dalle leggi amministrative.

I diritti e doveri risultanti dalla parentela secondo le leggi civili. Il più importante dei diritti che derivano dalla parentela e dall'affinità è quello della successione: così l'art. 721 devolve la successione legittima ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al conjuge nell'ordine ulteriormente determinato. Altri articoli (729 e seg., 736 e seg., 743 e seg., 753 e seg. 764 e seg. 805 e seg.) regolano i diritti e i doveri rispettivi che la parentela e l'affinità impongono ai successori ed ai testatori. Fra gli altri diritti che crea la parentela, abbiamo la patria potestà (art. 220 e seg.) con tutti i suoi effetti: diritto di correzione (art. 222): usufrutto legale (art. 228): diritto di consentire al matrimonio (art. 63 e seg.): di fare opposizione al matrimonio (art. 82 e seg,): di domandarne la nullità (art. 104 e seg.): il diritto di far pronunciare la presunzione e la dichiarazione d'assenza, e di domandare la immessione nel possesso temporaneo dei beni del l'assente (art. 20 e seg.): l'interdizione di un infermo di mente (art. 320): l'inabilitazione del prodigo (articolo 339). La parentela e l'affinità producono i loro effetti anche sull'arresto personale, il quale non può essere pronunciato contro il debitore a profitto del conjuge, degli ascendenti, discendenti dei fratelli e delle sorelle, degli affini nello stesso grado, delli zii e nipoti (2098), nè simultaneamente contro i due conjugi (2099).

Fra gli obblighi principali che nascono dalla parentela e dalla affinità in materia civile sono da notarsi: 1.° quello degli alimenti (articoli 133, 139 e seg. — 186, 187, 193, 211, 752, 1415, 1956); la legge stessa mette al riparo della pignorazione gli alimenti (C. di proc. civ. articoli 586, 592); 2.° l'obbligo di accettar la tutela e la cura, e di far parte del consiglio

di famiglia o di tutela (art. 241 e seg.); 3.° la responsabilità che pesa sui genitori pel fatto dei figli minori (art. 1153).

Ma gli effetti della parentela e dell'affinità appaiono soprattutto nelle proibizioni e nelle incompatibilità che ne derivano. Per non parlare che di quelle stabilite dal Codice civile, basta accennare la materia del matrimonio, la più importante, la più dilicata fra tutte. Gli articoli 55 e seg. enumerano i gradi di parentela civile e naturale che mettono ostacolo alla facoltà di contrarre matrimonio. Si può citare anche la disposizione dell'art. 7 del decreto sull'ordinamento dello stato civile, (emanato a complemento del titolo 12 del 1.° libro del Codice civile) secondo il quale l'ufficiale dello stato civile non può ricevere gli atti nei quali esso, o i suoi parenti ed affini in linea retta, in qualunque grado, o in linea collaterale fino al secondo intervengono come dichiaranti.

2.° *Effetti della parentela risultanti dalle leggi commerciali.* — Secondo il Codice di commercio, non possono essere eletti a sindaci del fallimento i parenti e gli affini del fallito sino al quarto grado (art 569): sono comuni all'arresto personale per debiti commerciali le regole sancite dagli articoli 2098 e 2099 del Cod. civ. circa i parenti e gli affini (art. 732).

3.° *Effetti della parentela e dell' affinità secondo le leggi giudiziarie.* — La legge 6 decembre 1865 sull'ordinamento giudiziario, nel suo art. 15 dispone che non possano far parte contemporaneamente come giudici della stessa sezione nelle corti e nei tribunali i parenti e gli affini sino al quarto grado inclusivamente: e il Codice di procedura civile autorizza la ricusazione di giudice, quando vi siano certi vincoli di

Digitized by Google

parentela e di affinità fra esse e una delle parti (articolo 116 e seg). Lo stesso Codice (art. 236) dispone che non possano essere uditi come testimoni i parenti e gli affini in linea retta da una delle parti, o il conjuge, ancorchè separato, salvo che nelle quistioni di stato, o di separazione personale tra i conjugi: disposizioni analoghe contiene il Codice di procedura penale (art. 286).

4.° *Effetti della parentela e dell'affinità secondo le leggi penali.* — Anche in diritto penale la parentela e l'affinità producono effetti speciali, i quali consistono per lo piu in un aggravamento di pena a carico di colui che commettendo un reato a danno di persona legata a lui da vincoli rispettabili e sacri dimostra una maggiore perversità d'animo. Il parricidio e l'infanticidio sono contemplati e puniti dagli articoli 523, 526, 531, 532 del Cod. pen. it.; gl'articoli 422, 423 e 424 colpiscono con pene più gravi la prostituzione o la corruzione eccitata da parenti od affini: gli articoli 481 e seg. puniscono l'incesto, l'adulterio e la bigamia; gli articoli 506 e seg. contengono pene severe pei reati tendenti ad impedire o a distruggere la prova dello stato di un infante, ed il reato di esposizione ed abbandono dell'infante e seg. finalmente gli articoli 514; puniscono quelle violazioni speciali dell'ordine interno delle famiglie che, per la loro gravità, assumono carattere di reato.

5.° *Effetti della parentela e dell'affinità secondo le leggi politiche e amministrative.* — La legge comunale e provinciale 20 marzo 1865 stabilisce che non possano essere contemporaneamente consiglieri nello stesso Comune gli ascendenti, i discendenti, il suocero od il genero: — i fratelli invece possono contemporanea-

Digitized by Google

mente essere membri del consiglio, ma non della giunta municipale (l'art. 27): la legge 3 agosto 1862 sulle opere pie crea anch' essa un' identica incompatibilità (articoli 6, 28). Nel diritto elettorale, la parentela e l'affinità dà luogo ad alcuni vantaggi, poichè le imposte pagate dai genitori, dai figli, dalle mogli e dalle madri concorrono a formare o a completare il censo richiesto dalla legge per essere elettori (Legge com. e prov. articoli 21 e 22: — Legge elettorale 17 novembre 1860, art. 11).

Tali sono i principali effetti prodotti dalla parentela e dall'affinità, effetti, come si vede, che si risolvono più sovente in oneri che in vantaggi; per cui, ogni qual volta sorga dubbio sulla qualità di parente o di affine, e la soluzione del dubbio in senso affermativo porti seco della restrizioni di diritto, oppure delle obbligazioni, il più savio principio da seguirsi, è quello che consiglia di preferire la negativa.

Digitized by Google

LEZIONE XX.

DEL MATRIMONIO IN GENERALE E DELLE PROMESSE DI MATRIMONIO.

---

133. Nozione e carattere del matrimonio.

« Grave, delicato ed importante sopra ogni altro argomento del diritto civile è quello del matrimonio. – Fonte della famiglia, prima origine del civile consiglio sono le giuste nozze, ossia la stabile unione dell'uomo e della donna coll'animo di aiutarsi a vicenda, di procrear figli e di educarli. Questa prima società costituisce, secondo la espressione del filosofo romano, *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (Cicerone, *de offic.* I, cap. 18). Essa deriva dal diritto di natura, il quale, dando all'uomo l'istinto della procreazione con quello della socialità, gli dette la legge dello stabile congiungimento dei due sessi. Fu quindi sapienza coeva al genere umano *concubitu prohibere vago, dare jura maritis (Hor. Epist. ad Pisones.* v. 398). Alla semplicità del diritto naturale i legislatori di tutti i popoli aggiunsero norme positive,

Digitized by Google

intese, quali ad accertare la celebrazione delle nozze con forme più o meno solenni, quali a conformarle secondo la diversità dei luoghi, dei tempi e dei costumi, alla decenza, alla morale ed al pubblico bene, e quali a determinarsi gli effetti così tra i conjugi come tra essi e la prole comune, cioè a costituïre e ad ordinare la famiglia ».

Con queste parole l'eloquente giurisconsulto che presentò al Senato la relazione sul progetto del primo libro del Codice civile, incomincia a trattare del matrimonio: e tutto lo svolgimento che il Vigliani ha dato a questo gravissimo argomento non è indegno di stare accanto alle sapienti pagine colle quali uno degli autori del Codice Napoleone, il Portalis, presentava ai legislatori francesi l'esposizione dei motivi del titolo del matrimonio.

Considerato nella sua indole, nelle sue vicende storiche, e nelle forme colle quali fu celebrato presso i diversi popoli, noi vediamo predominare nel matrimonio tre elementi principali: — l'elemento naturale; l'elemento civile; l'elemento religioso. L'ordine naturale, osserva giustamente il Vigliani, come predominante ed immutabile, sovrasta al civile ed al religioso. Questi due si trovano nella storia dei popoli ora congiunti, ora separati, secondo la diversa forma dei governi. Nei teocratici e dovunque il sacerdozio andò unito all'impero, il solo potere sociale regola il matrimonio nelle sue relazioni colla società e colla religione. Ciò avvenne senza eccezione presso i popoli dell'antichità, i quali usavano d'investire della potestà delle cose sacre i loro governanti. Presso tutti però l'elemento civile fu distinto dal religioso, e la validità del contratto matrimoniale, prima del cristianesimo, anzi,

Digitized by Google

prima del secolo decimo sesto, fu sempre considerata come indipendente dalla celebrazione di cerimonie religiose. Queste furono sempre lasciate alla volontà libera e spontanea degli sposi: nessun legislatore si avvisò mai di costringerli ad invocare le benedizioni del cielo. Presso gli Israeliti medesimi, il matrimonio si compieva in modo quasi privato, fra parenti ed amici — nè vi interveniva alcuna cerimonia religiosa, eccetto le preghiere del padre di famiglia e degli assistenti. A Roma, la confarreazione, sola forma religiosa conosciuta del matrimonio, era bensì la più solenne ed usitata nei matrimoni dei patrizi nell'antichità più remota, ma non era prescritta se non per le nozze dei pontefici e dei flamini, mentre le forme *coemptio* e *usus* e più tardi la *conventio in manu* davanti al pretore erano frequentate dalle classi popolari (Heineccii, *Antiquit. rom.* L. I, Tit. X, 1, 2 e seg. — Terrasson, *Hist. de la jurisp. rom.* I, 63). Nei tempi poi meno lontani la confarreazione era andata affatto in disuso pel dispendio che cagionava e per la moltiplicità dei suoi riti; alcuni dei quali erano assai singolari. Sotto il regno di Tiberio, l'uso di simili nozze, al dire di Tacito (*Annal.* 4, 16) si era quasi perduto in tutte le famiglie. Qualunque però fosse la forma della celebrazione del matrimonio, unico giudice delle controversie che ne potevano sorgerne era il potere civile. — La storia poi di tutti i popoli è concorde nel dimostrarci che se le diverse religioni sono intervenute in questo come negli altri atti della vita sociale, (nascite e morti) non l'hanno però mai mutato in un'istituzione puramente spirituale ciò fu fatto per la prima volta dalla chiesa cattolica, nel concilio di Trento.

Digitized by Google

È fuori di dubbio che il matrimonio, spogliato di tutti i prestigi di cui le religioni, l'immaginazione e il sentimento l'hanno circondato, ha per carattere essenziale e costitutivo il contratto. Sia pure che non si debba confondere con ogni altro contratto; che abbia indole ed effetti speciali; che le leggi lo abbiano sempre considerato come un'instituzione sociale; ma il carattere di contratto è pur sempre inerente al matrimonio, poichè ne vuole tutte le condizioni; capacità, consenso; liceità, scopo. E la storia ci prova che presso tutti i popoli primitivi il carattere di contratto conservò sempre la sua forza, anche nei riti e nei simboli con cui si accompagnava la celebrazione del matrimonio. Quì sotto forma di vendita, la sotto forma di permuta, altrove sotto forma di associazione, dovunque e sempre si vide nel matrimonio ciò che v'è, un contratto.

La chiesa cattolica stessa, rivendicando a sè come sacramento il matrimonio, non disconobbe la necessità essenziale del contratto, nei suoi principali elementi che sono la libertà del consenso e la capacità. Come opportunamente lo nota il Vigliani nella sua dotta relazione, anche il concilio di Trento fece una distinzione profonda fra l'elemento contrattuale e l'elemento sacramentale del matrimonio, distinzione sancita più tardi dal Papa Benedetto XIV.

E come poteva essere altrimenti? Chi, esaminando, l'essenza del matrimonio, vi vede altra cosa che un contratto? Non è esso annullabile per la maggior prova delle stesse ragioni per le quali si può annullare ogni altro contratto, come la violenza, il dolo, l'incapacità a contrarre? È ben vero che il legislatore non ha accettato pel matrimonio tutto le cause di risoluzione

Digitized by Google

dei contratti; ma questa è un' inconseguenza, non una ragione in contrario. Vediamo intanto che nella sezione seconda del titolo del matrimonio, il Codice parla delle *condizioni necessarie per contrarlo*: e tutte le regole da seguirsi per celebrarlo e provarlo non sono pressochè altro se non l'applicazione delle regole generali per la formazione dei contratti e per la prova di essi.

Che sia un contratto come ogni altro lo forma parimente il fatto che può essere stretto fra ogni ordine di cittadini, fra cittadini e stranieri, qualunque sia il loro culto, la loro condizione, la loro professione, la legge non riconosce altri impedimenti se non quelli che essa stessa ha determinati. Non vi è fra noi che un solo ordine di matrimoni: non più concubinato come in diritto romano: non, come in Germania, matrimonii morganatici — vi è solamente quel contratto che si stringe fra due persone di sesso diverso, liberamente risolute di unirsi in *consortium omnis vitae, individua consuetudo* (*L. 1, ff. ritu nupt. — Instit. — de patria pot.*).

134. Dei sistemi legislativi sul matrimonio già vigenti in Italia.

Ho già detto poc' anzi come presso tutti i popoli primitivi, il matrimonio, sebbene più o meno accompagnato da riti o da solennità, pure conserva sempre un carattere essenzialmente sociale: e che nell'Europa moderna fu il concilio di Trento che gli impose il carattere di sacramento. Ma come non fu prima, così neppure dopo si giunse ad ottenere una legislazione uniforme; e quegli Stati medesimi che accettarono i canoni del concilio di Trento li applicarono in modo diverso.

Digitized by Google

Sarebbe un còmpito alieno dall'indole di questi studi l'intraprendere la storia dei conflitti a cui ha dato luogo l'applicazione successiva in tutto il mondo cattolico del principio religioso nelle leggi civili in materia di matrimonio. Mi limiterò a ricordare come la Francia, per la prima, dopo la sua rivoluzione del 1789, abbia emancipato dalla chiesa cattolica questa importante instituzione sociale, e come in tutti i paesi che furono soggetti dalla conquista al primo impero napoleonico, essa mise in vigore il sistema del matrimonio civile.

Dopo le ristorazioni del 1815, la reazione politica essendo stata accompagnata dalla religiosa, fu ripristinato il sistema del matrimonio religioso quasi dovunque, meno la Francia ed il Belgio: e i diversi Governi d'Italia si affrettarono a rimettere più o meno intieramente in vigore le dottrine sancite dal concilio Tridentino. Secondo alcuni Codici, il matrimonio, per essere valido, doveva puramente e semplicemente essere celebrato giusta le regole e colle solennità prescritte dalla chiesa cattolica. Gli Stati Sardi, la Toscana, gli Stati Pontifici e il Ducato di Modena avevano ristabilito anch'essi il diritto canonico. A Napoli ed a Parma vigeva un sistema misto, in forza del quale non erano validi se non i matrimoni celebrati secondo il concilio di Trento; ma si prescriveva che al rito religioso dovesse precedere dinanzi all'ufficiale dello stato civile una promessa di matrimonio, la quale riceveva perfezione e forza civile dalla registrazione del successivo matrimonio religioso.

Nella Lombardia e nella Venezia, ricadute sotto l'Austria, veniva ristabilito nel 1815 il sistema Giuseppino: e il Codice universale austriaco regolava tutta la

Digitized by Google

materia nei rapporti civili, e la sottoponeva ai giudici laici; ma quanto agli impedimenti si atteneva alle leggi canoniche, e affidava ai ministri del culto l'incarico di celebrare il matrimonio.

Tale era lo stato di cose che trovò in Italia l'era nuova iniziata col 1859 e compiuta col 1866. Fra le molte riforme che le leggi civili richiedevano non ultima era quella che richiamasse al potere civile il matrimonio. Ma non fu senza lunghe resistenze che si giunse finalmente a sancire nel Codice civile il principio che, sottraendo alla chiesa il matrimonio, ne facesse ciò che è davvero, un'instituzione civile.

Il legislatore però, come vedremo, non osò essere logico accettando tutte le conseguenze della sua riforma, prima fra le quali è il divorzio. Comunque sia, un gran passo venne fatto; e, con esempio finora poco imitato nelle nostre leggi, il Codice civile ha francamente sancito il principio della separazione fra lo Stato e la chiesa; poiche in nessuno dei 2147 articoli vi è fatta distinzione di sorta fra laici e chierici e i diritti e i doveri degli uni sono parificati a quelli degli altri.

Non è a credere però che la riforma introdotta nelle nostre leggi civili sul matrimonio sia passata senza resistenza: nei due rami del Parlamento, come nella stampa, venne ardentemente combattuta: nell'antico Senato subalpino era già stata respinta, benchè accettata dalla Camera elettiva. E non mancarono proposte, fondate la maggior parte sull'esempio di altri popoli, colle quali si tentò di sostituire al contratto puramente civile altri sistemi, che credo di dover brevemente accennare.

I principali fra i sistemi proposti consistevano —

Digitized by Google

o nel rendere obbligatorio il matrimonio religioso insieme al civile, secondo il culto delle parti contraenti: — o nel lasciare la facoltà alle parti di scegliere quella forma di celebrazione civile o religiosa, che preferissero, salvo, quando scegliessero la religiosa, l'obbligo di far inscrivere il matrimonio celebrato nei registri dello stato civile: — o nel mantenere il matrimonio religioso, secondo i singoli culti, riservando per coloro che dichiarino di non professare religione alcuna il matrimonio civile. V'erano poi altri i quali proponevano senz'altro che fosse mantenuto puramente e semplicemente nelle nostre leggi l'impero del diritto canonico. Lasciando da parte quest'ultimo sistema, perchè non venne seriamente discusso in alcuno dei rami del Parlamento, esaminerò brevemente gli altri tre, i quali, come sarebbe facile dimostrare, sono incompatibili coi principii generali del diritto civile.

135. Dei sistemi proposti per la nuova legislazione: — sistema misto.

Quello fra i diversi sistemi che fu più validamente propugnato è il primo, secondo il quale la legge dovrebbe rendere obbligatorio il matrimonio religioso insieme al civile. Ma con qual diritto lo Stato poteva imporre al cittadino l'adempimento di un dovere religioso, il quale tragge tutta la sua forza dalla spontaneità con cui è eseguito? Come poteva egli invadere il campo che appartiene ad un ordine d'idee e d'interessi a cui è straniero, e nei quali è di un'incompetenza assoluta, ammessa perfino dai più decisi sostenitori della chiesa cattolica?

Ciò che lo Stato doveva fare, e ciò che fece, si

fu di riconoscere il principio della libertà religiosa, rifiutando di stabilire sanzioni penali contro chiunque contragga il matrimonio religioso prima del civile, o almeno, contro chi lo contragga senza aver fatto constare che nessun ostacolo civile vi si opponga. Nel che le nostre leggi sono assai più liberali delle fransesi, le quali puniscono i ministri del culto che procedano alla celebrazione religiosa del matrimonio prima che abbia avuto luogo la celebrazione civile (C. pen. fr. art. 199, 200).

Ma la decisione presa dal nostro legislatore venne vivamente censurata: e si è detto non essere vero che essa contenga un omaggio alla libertà. Le minaccie della legge penale sono, invece, indispensabili per la salvaguardia dei buoni costumi e della pubblica decenza. Rifiutando di stabilire una sanzione penale, analoga alla francese, si avrà troppo spesso l'esempio d'uomini senza scrupolo e senza evidenza, che cercano di addormentare, con una benedizione religiosa, le coscienze timide e ignare delle fanciulle popolane. Accanto ai matrimonii regolari soggetti ad austeri doveri si vedrebbe sorgere un concubinato ipocrita, che è un insulto non meno alla religione che alla società. Ogni volta che si produce uno di questi fatti, si tratta quasi sempre di un uomo il quale, dominato da pregiudizi di nascita o di ricchezza, consente bensì a onorare una povera donna colla formalità del matrimonio religioso, tenuto accuratamente nascosto, ma non avrebbe mai osato inalzarla alla condizione di moglie. Perchè, in questa ipotesi, si ricorre al matrimonio religioso? Appunto, perchè non è, giuridicamente, un matrimonio. Gli articoli 199 e 200 del C. pen. fr. sono dunque un freno utilissimo, non meno a tutela della buona fede delle

Digitized by Google

parti, come della chiesa e della società: essi impediranno lo scandalo che lo stesso matrimonio sia valido per la Chiesa e nullo per lo Stato, o che si abbia un marito di due mogli, o una moglie di due mariti, in conseguenza di due matrimoni, l'uno religioso e l'altro civile.

A queste obbiezioni rispondeva però colla sua solita sagacia il Vigliani: — la Commissione di cui era il relatore, diceva egli, non disconosceva certo la gravità dei motivi della legge francese: ma non la credeva applicabile in Italia. Osservava anzitutto, che ove il grande interesse dei contraenti e della famiglia non valesse ad evitare il temuto conflitto, poco sarebbe da confidare nella efficacia delle leggi penali; che colui il quale comincia dal rito religioso, sarà dal sentimento morale condotto a compiere l'atto civile; che il medesimo sentimento religioso, che si riconosce largamente diffuso in Italia, porge una buona guarentigia che le prescrizioni della legge civile saranno adempiute: che invero, la Chiesa cattolica, combattendo il matrimonio civile, si preoccupò piuttosto dei matrimoni civili a cui le parti non curino di aggiungere il sacramento, che non del caso contrario; che, perciò, nello stato delle cose, sarebbe per lo meno prematuro lo stabilire per un male ipotetico sanzioni penali che offenderebbero la libertà religiosa; che infine, quando l'esperienza venisse a dimostrare che si abusasse della ignoranza o semplicità dei cittadini per indurli a non curare l'osservanza delle forme civili del matrimoni, e ne risultasse grave perturbazione nello stato delle famiglie, sarà facile allora recarvi riparo con severe coercizioni, le quali non potrebbero mai trovare congrua sede nel Codice civile. La legge, conchiude il

Digitized by Google

valente giurisconsulto, si occupa esclusivamente dell'elemento civile del matrimonio; essa non è *atea*, ma *laica*: non è *indifferente* in materia di religione, ma *incompetente*, secondo la giusta espressione di un celebre pubblicista francese, Royer Collard.

Quanto agli inconvenienti che si temono dal matrimonio religioso, si può aggiungere che essi hanno una doppia sanzione civile; il risarcimento dei danni per la donna ingannata; e, come vedremo più innanzi, l'attribuzione degli effetti civili del matrimonio putativo a beneficio del conjuge che sia stato di buona fede e dei figli. Questo doppio freno è assai più efficace della sanzione minacciata dalla legge penale.

136. Sistema del matrimonio facoltativo.

Il sistema che trovò pure molto appoggio, anche fra gli uomini più autorevoli del partito liberale, è quello del *matrimonio facoltativo*, secondo il quale si stabilirebbe la forma civile del matrimonio accanto alla religiosa, lasciando in libera facoltà dei contraenti di scegliere a loro talento l'una o l'altra, cosicchè il matrimonio religioso sia legale e produca tutti gli effetti del civile, quando sia stato dichiarato o registrato presso l'ufficiale dello stato civile. Quanto alle controversie che potrebbero insorgere, esse sarebbero esclusivamente devolute ai tribunali ordinari.

Bisogna riconoscere che questo sistema è assai razionale, e che concilia in modo assai conveniente i diversi interessi: ma ha un difetto radicale che lo vizia; ed è che mantiene sempre, più o meno, la confusione fra Chiesa e Stato. Questa è la sola obbiezione che gli si può fare: ma aggiungo che, in compenso,

Digitized by Google

avrebbe avuto vantaggi che mancano affatto al sistema del matrimonio puramente civile. Così, per esempio, la religione israelitica ammette il divorzio: ma il matrimonio contratto da due israeliti, secondo il Codice civile, è indissolubile. Non è questo, per essi, un passo retrogrado nella loro condizione giuridica? Questo argomento perderebbe ogni forza, qualora il legislatore avesse ammesso anch'egli il divorzio, conseguenza logica e necessaria dell'istituzione del matrimonio civile.

137. Altri sistemi.

Un ultimo sistema, che appena occorre combattere, è quello che proponeva di mantenere il matrimonio religioso come obbligatorio per tutti, da celebrarsi secondo i singoli culti, riservando per coloro che dichiarino di non professare religione alcuna il matrimonio civile. Ma è chiaro che questo sistema avrebbe tutti gli inconvenienti del matrimonio religioso e del matrimonio civile, senza avere i vantaggi di essi; è chiaro soprattutto che sarebbe fonte inesausta di conflitti e di scandali. È, quindi, inutile discuterlo più a lungo.

Neppure è da discutersi la proposta di coloro i quali chiedevano che nessuna innovazione si facesse sul matrimonio, quale è regolato dal concilio di Trento.

Concludiamo: il matrimonio civile, quale è organizzato dal Codice, rispettando tutte le convinzioni religiose, astenendosi da ogni precetto relativo all'anticipazione o alla posticipazione della solennità civile o ecclesiastica, ha sciolto felicemente il problema dei

Digitized by Google

rapporti fra Chiesa e Stato nel vero senso della reciproca indipendenza e della libertà.

Esposti così i principii generali relativi alla materia gravissima del matrimonio, passo all'esame delle disposizioni della legge che lo riguardano.

138. Delle promesse di matrimonio.

« La promessa scambievole di futuro matrimonio, così l'art. 53, non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima ».

Scopo di questa disposizione è di sancire la piena libertà del consenso per coloro che si risolvono ad un atto così grave come è il matrimonio. E l'articolo successivo non fa che dare una maggior forza al principio che si volle sancire. Bisogna però riconoscere che ambedue gli articoli, quando non erano che un progetto, vennero vivamente censurati da autorevoli giurisconsulti, e che la loro utilità vanne contestata con poderosi argomenti. Il Buniva, specialmente, ne'suoi gravi *Studi sul progetto del primo libro del Codice civile*, domandando che fossero eliminati questi due articoli, negava non solo la loro opportunità, ma quella eziandio del contratto degli sponsali.

« A che mira esso? chiede il giurisconsulto torinese; forse a costringere a celebrare il matrimonio che si promette? Ma *ad factum nemo compellj potest:* perciò qualunque efficacia vogliasi dare agli sponsali, non raggiungeranno mai, in caso di rivocata deliberazione d'una delle parti, lo scopo anzidetto. Se ne cercherà il motivo nell'obbligo che inducono nel risarcimento del danno nel caso di mancata fede? Ma cotesto

Digitized by Google

è un generale principio che trova la sua sede opportuna in altra parte del Codice; esso si avvalora dalla massima che le convenzioni hanno forza di legge fra le parti ».

Ma dove il Codice sancisce una manifesta ingiustizia è colla disposizione dell'art. 54, secondo la quale, se la promessa fu fatta per atto pubblico, o per iscrittura privata da chi sia maggiore d'età, o dal minore autorizzato dalle persone il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure consta dalle publicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, il promettente che ricusi di eseguirla senza giusto motivo, è obligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio. Con questo articolo, nota giustamente il Buniva, in due casi simili affatto ora nega, ora accorda allo sposo ingannato la debita riparazione dei danni. Non era cosa più semplice e più razionale cancellare affatto questi due articoli, e riferirsene intieramente ai principii generali di diritto in materia di obbligazioni, salvo a ristringere, come si è fatto, il tempo per la domanda d'indennità ad un anno dal giorno della promessa?

Questa opinione venne sostenuta con molta efficacia di argomenti dalla magistratura e particolarmente dalla corte di Cassazione di Milano, quando vennero interpellate sui progetti di Codice civile; si proponeva di applicare alla promessa di matrimonio la regola generale per cui l'inadempimento di una obbligazione porta seco la rifusione di tutti i danni, si credeva perciò che la legge non dovesse limitarsi a dichiarare che il promittente, il quale rifiuta di eseguire senza giusta causa la sua promessa, debba risarcire all'altra parte le spese fatte in considera-

Digitized by Google

zione del progettato matrimonio, ma risarcirla anche di tutti quelli altri danni che poteva aver patito « Si escludano pure, diceva la Corte di Cassazione di Milano, le capricciose pretese, e le penali troppo leggermente stipulate: ma il danno effettivamente sofferto si risarcisca da chi non allega giusta causa del mutato consiglio ». La forza di queste considerazioni apparirà soprattutto evidente, quando si pensi alla funesta influenza che il rifiuto di adempire una promessa di matrimonio può esercitare sulla condizione e sull'avvenire di una fanciulla.

Digitized by Google

LEZIONE XXI.

DELLE QUALITÀ E CONDIZIONI CHE SI RICHIEDONO PER CONTRARRE MATRIMONIO

139. Della capacità in generale.

Se v'ha principio di diritto comune che non ammette controversia è questo: che ciascuno è presunto capace a tutti gli atti della vita civile, fino a prova contraria. La capacità è dunque la regola: l'incapacità è l'eccezione. La legge lo ripete a più riprese; e segnatamente negli articoli 723, 762, 1052, 1105 del Codice civile, nell'art. 139 del Codice di procedura civile, dove è dichiarato in termini precisi che « la capacità si presume fino a prova contriaria ».

Applicando questo principio al matrimonio, ne segue che nazionali o stranieri, sono capaci di contrarre matrimonio, salvo che la legge li escluda in modo formale, sia perchè non possiedano le condizioni necessarie, sia perchè si trovino dinanzi a un impedimento stabilito dalla legge medesima.

Quali sono le condizioni di cui è necessario l'a-

Digitized by Google

dempimento, per chi vuole contrarre un legittimo matrimonio? Le principali si possono ridurre a sei:

1.° L'età delle parti contraenti:

2.° Libertà di stato di ambedue:

3.° Il loro consenso:

4.° Il consenso delle persone alla cui autorità sono soggette dalla natura o dalla legge:

5.° La mancanza di qualsiasi altro impedimento:

6.° L'osservanza di tutte le formalità che si richiedono per la celebrazione regolare del matrimonio.

Fra le condizioni richieste non è annoverata la capacità fisica, sebbene la legge dia all'impotenza alcuni effetti speciali; così, secondo l'art. 107, l'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità dall'altro conjuge: e l'art. 164 apre un'azione al marito per negare la paternità di un figlio. Ma, come ognun vede, l'impotenza non produce i suoi effetti se non posteriormente al matrimonio; e certo quando si tratta di condizioni richieste per essere ammessi a contrarre matrimonio, sarebbe cosa singolare che si creassero impedimenti che la legge non ha pensato, nè poteva pensare ad imporrre, non fosse altro, per non dar luogo a scandali vituperosi o ad ignobili controversie.

Il matrimonio, checchè se ne dica, è sopratutto l'unione di due persone che intendono vivere insieme; sta a loro il decidere se la notoria impotenza di un conjuge è motivo sufficiente per dissuadere l'altro dal matrimonio. L'estrema vecchiezza equivale pur essa all'impotenza: eppure nessun testo di legge ne fa un impedimento al matrimonio. Lo stesso può dirsi dei matrimoni *in extremis*. È quindi evidente che l'impo-

Digitized by Google

tenza non ha efficacia preventiva, nè può servire d'impedimento al matrimonio: essa non ha che un'efficacia posteriore, nei casi indicati dagli articoli 107 e 164.

140. Dell'età richiesta per contrarre matrimonio.

« Non possono contrarre matrimonio, dice l'art. 55, l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici ».

Il matrimonio, come si è veduto, è un contratto *sui generis*, ma soggetto alle condizioni d'ogni altro contratto: per cui fra le condizioni necessarie per poterlo stringere v'è in primo luogo l'età. La legge, fissando a 21 anno l'età maggiore e la capacità a tutti gli atti della vita civile, ha avuto per oggetto di sancire una verità di fatto, che, cioè, prima di vent'un anno non è guari presumibile che un uomo o una donna abbiano piena coscienza di sè medesimi. Essi non possono alienare un prato che valga cento lire, nè obbligarsi per fidejussione e ipoteca, per l'ammontare della medesima somma. La legge li protegge contro loro stessi, e li premunisce contro lo stato d'inesperienza in cui li presume; nè vuole che essi abbiano a soffrire, anche per la più piccola somma, le conseguenze. La stessa emancipazione non conferisce loro la facoltà di alienare.

Per qual singolare contraddizione questa presunzione d'incapacità di cui siamo colpiti prima dei vent'un anno relativamente alla disposizione dei nostri beni, cessa di aver forza, quando si tratta di disporre della nostra persona? Come spiegare questo fatto ab-

Digitized by Google

bastanza strano, che la legge presuma un giovane a diciott' anni incapace di comprendere la forza di un contratto relativo a un prato di cento lire, e lo dichiari nel tempo stesso capace di apprezzare la gravità di un contratto che decide nel modo più irrevocabile di tutta la sua vita?

Evidentemente, abbiamo qui una contraddizione che non è facile giustificare. Se anche avvenisse che un minore fosse leso o s' ingannasse in un contratto relativo a suoi beni ognuno vede che il danno non sarà irreparabile, nè eserciterà sul suo avvenire una influenza decisiva: e, d'altra parte, anche i maggiori d'età sono soggetti a stringere cattivi contratti, a fare cattive speculazioni. Ma quando un giovine diciottenne o una fanciulla quindicenne si sono ingannati, o si sono lasciati ingannare in un atto così grave come è il contratto di matrimonio, le conseguenze dell' inganno durano tutto il tempo della loro vita: e ogni giorno, ogni ora le espiano crudelmente. Se il legislatore aveva da stabilire una presunzione in materia di capacità, doveva applicarla ad ogni altra specie di contratto del minore, e non già al contratto di matrimonio. Invece ha fatto tutto il contrario.

So quello che si può dire; – il minorenne, per contrar matrimonio, ha bisogno del consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia: in questo suo dovere v'è una guarentigia che il suo contratto sarà razionale e prudente. – Questo argomento sarebbe serio, se in tutti coloro di cui gli è necessario il consenso si supponesse non solo una sollecitudine disinteressata ed affettuosa pel suo avvenire ed il suo bene, ma altresì un criterio illuminato e competente circa i suoi sentimenti e uno sguardo profetico nel futuro: ora, non

Digitized by Google

credo che queste due condizioni si verifichino di frequente presso coloro il cui consenso è richiesto.

Non credo andar lontano dal vero affermando, che nove su dieci dei motivi pei quali si vedono così sovente dei matrimoni andare assai male, si debbano ricercare nella precocità degli anni in cui si vennero contratti. E se v'è riforma che sia richiesta dalla logica giuridica come dall' interesse ben inteso dei cittadini è quella dell'art. 55; il matrimonio, come ogni altro contratto che implica la capacità delle parti, non dovrebbe essere consentito che all'età maggiore, quando, cioè, si suppone l' uomo capace di obbligarsi e di obbligare con cognizione di causa.

Il motivo per cui si adottò il limite d'età stabilito già dal Codice Napoleone si è che all'età di 18 anni per i maschi e di 15 per le femmine corrisponde all'epoca nella quale è formato quello sviluppo fisico e morale dell' individuo che è necessario per fini del matrimonio. Ma la forza di questo motivo cade dinanzi alle considerazioni assai più gravi e più decisive che dovevano guidare il legislatore. Appena occorre aggiungere che le proposte fatte da alcuni giurisconsulti di mantenere le disposizioni del diritto romano, e del diritto canonico, che consentivano il matrimonio a 14 anni per gli uomini e a 12 per le femmine, (*Instit. Tit. de nuptiis princip. — Tit. quib. mod. tut. finit. princ.*) non si potevano prendere sul serio. Ma dopo quanto dissi circa la soverchia precocità ammessa dal Codice non ho mestieri di dimostrare quanto sarebbe assurda, anzi immorale, una simile disposizione.

È ben vero che questa disposizione può prevalere di fatto, mediante una dispensa regia, la quale può ammettere al matrimonio l'uomo che ha compiuto

Digitized by Google

gli anni quattordici, e la donna che ha compiuto gli anni dodici (art. 68). Per ottenere questa dispensa occorrono motivi gravi, che la legge non determina, e il cui apprezzamento è lasciato al capo dello Stato. Vi sono alcune norme in proposito, vigenti in Francia e, per identità di motivi, applicabili in Italia, che vennero formolate da una circolare del ministro di grazia e giustizia, in data del 10 maggio 1824, da cui risulta che, per le donne, motivo principale di dispensa è lo stato di gravidanza; e che, per l'uomo, sono respinte tutte le domande di dispensa, quando esso è di qualche anno più giovane della donna con cui vuole contrarre matrimonio; e ciò, perchè l'età superiore della donna autorizza a credere che vi sia stata seduzione.

Ho già detto che la legge non determina, in senso inverso, nessun limite d'età per contrarre matrimonio. La più estrema vecchiezza non è un impedimento. A Roma la legge *Papia Poppea* vietava il matrimonio all'uomo maggiore degli anni 60 e alla donna maggiore di 50. Un solo Codice moderno ne ha seguito l'esempio, cioè, il Codice Russo, secondo il quale, « chiunque ha compiuto i 90 anni non può contrarre matrimonio (Tit. I, Cap. 1, seg. l'art. 3) ». Ma chi vede nel matrimonio sopratutto un'associazione, non può approvare una proibizione che non ha nessun fondamento giuridico nè razionale.

141. Della libertà di stato dei contraenti.

Sotto qualunque aspetto si consideri il consorzio domestico, si arriva prontamente alla convinzione che allora solo è ordinato secondo le leggi naturali della

Digitized by Google

società umana quando è fondato sull' unità. E dico unità, perchè nel matrimonio abbiamo l'associazione di due persone che, unite, rappresentano l' umanità. La monogamia, adunque, è la regola normale del matrimonio, tanto per ragioni fisiologiche, come per ragioni morali, giuridiche ed economiche.

Lo è per ragioni fisiologiche: 1.° perchè la riproduzione degli esseri umani è sottomessa ad una legge di eguaglianza, in forza della quale, tolta qualche lievissima diversità, gli uomini e le donne nascono in numero eguale: — 2.° perchè la costituzione dei due sessi, benchè distinta in alcune condizioni organiche, nel suo insieme però è soggetta alle medesime leggi; 3.° perchè i figli che nascono da matrimoni poligamici non possono non risentire gli effetti della dissolutezza paterna.

Se consideriamo poi la monogamia sotto l'aspetto morale, abbondano le ragioni che dimostrano la sua evidente superiorità sulla poligamia. L'educazione dei figli, il rispetto reciproco fra consorti, tutto è reso impossibile e inconciliabile col sistema della poligamia: i vincoli domestici sono snaturati, l' ordine della famiglia è mantenuto, non con l' autorità degli affetti, ma colla violenza da una parte; la schiavitù dall'altra. Una società presso cui la famiglia abbia per base la poligamia non può realizzare alcun progresso morale.

Considerata sotto l'aspetto giuridico, la monogamia è parimenti la sola che la scienza possa accettare. Cos' è il matrimonio? Un contratto *sui generis*, il quale ha per suo elemento costitutivo e fondamentale la parità di diritti e di doveri che impone ai due contraenti; come la fedeltà, l'assistenza, la convivenza, ecc.

Digitized by Google

Nè questi doveri vengono dalla legge; essi hanno il loro fondamento nella natura medesima. — D'altra parte, fra due che contraggono una società si presume eguaglianza di capacità, eguaglianza di oneri e di vantaggi; la società domestica non è, sotto questo aspetto, diversa dalle altre: e se il marito acquista il diritto alla fedeltà della moglie, questa a sua volta lo acquista alla fedeltà del marito. Nei paesi in cui il marito compra la moglie, si comprende che questa, ridotta allo stato di cosa, non potesse considerarsi come eguale al compratore. Ma nei paesi civili, ove prima condizione del contratto coniugale è il consenso, è chiaro che la monogamia sola può dirsi rigorosamente conforme ai principii essenziali del diritto.

Quanto agli effetti economici della monogamia, non occorrono molti argomenti per dimostrarli: basta esaminare i paesi nei quali la poligamia è in vigore, e paragonarli a quelli che la respingono, per vedere da qual parte è la ricchezza e lo sviluppo economico. E si comprende. La prima delle forze produttrici è l'uomo stesso: or qual forza è da aspettarsi da un uomo degradato dai vizi del serraglio, ignorante, ino peroso, privo di ogni virile abitudine?

La monogamia, adunque, è la sola che possa dirsi veramente conforme all'ordinamento naturale degli umani consorzii: essa fu sempre in vigore presso i popoli che entrarono risolutamente nella via del progresso. La Grecia respinse la poligamia: le leggi romane la vietarono sempre: e oggimai, tolta la Turchia, ove pure va disparendo, non v'è paese in Europa che non abbia messa la monogamia a fondamento della società domestica e civile.

Il nostro Codice, naturalmente, non poteva non

Digitized by Google

mantenere ciò che già esisteva nelle leggi e più ancora nei costumi; e l'art. 56 dispone che non possa contrarre matrimonio chi sia vincolato da un matrimonio precedente. Fra i documenti di cui è necessaria la presentazione a l'ufficiale dello stato civile per parte di chi vuole contrarre matrimonio, v' è altresì la prova che non si sia vincolati da un matrimonio precedente art. (78). È riconosciuto al coniuge della persona che vuole contrarre un altro matrimonio il diritto, anzi, il dovere, di fare opposizione (art. 85), d'impugnarne in qualunque tempo la validità (art. 113). Il Codice pen. it. (art. 488) e il Cod. pen. tosc. (art. 296) stabilirono pene pel reato di bigamia. Appena è necessario aggiungere che, qualunque sia la religione dei cittadini, fossero anche musulmani, tutti sono egualmente soggetti alle leggi civili e penali, e che in nessun caso la poligamia è autorizzata. Il precetto, che non può contrarre altre nozze chi è vincolato da un matrimonio precedente, è assoluto e imperativo per tutti.

Il semplice matrimonio religioso, precedentemente contratto, (s'intende, dopo l'attuazione del Codice civile) è esso un ostacolo ad altre nozze, nel senso indicato dall'art. 56? Evidentemente, no: da che il matrimonio venne spogliato d'ogni carattere religioso, è chiaro che quello solo è valido che sia stato contratto secondo le leggi civili. Può, quando vi sia buona fede da una delle parti, produrre effetti civili per essa: ma non potrebbe in nessun caso servir d'ostacolo ad un matrimonio civile. Ben inteso, che quando i due sposi, benchè cittadini, andarono a contrarre il matrimonio religioso in un paese nel quale questa sola forma è ammessa, rientrando nello Stato, sono validamente maritati in forza dell'art. 9 del titolo preliminare del Codice, e degli articoli 100 e 367 del Codice stesso.

Digitized by Google

142. Del consenso dei futuri sposi.

Il matrimonio è un contratto: esso è quindi regolato dalle norme stesse d'ogni altro contratto. Prima fra le sue condizioni è perciò la volontà (art. 1108 e seg.) cioè, *duorum in idem placitum consensus* (L. 1, 2, *ff. de Pactis*). E se v' è contratto nel quale il consenso debba essere libero, razionale e spontaneo, quello è sicuramente il matrimonio. *Nuptias non concubitus sed consensus facit,* dicevano energicamente le leggi romane (L. 30, *ff. de reg. jur.*) Con che non si è voluto solamente dire che non è necessaria la coabitazione per costituire la validità del matrimonio, ma che il *concubitus* stesso non produce effetto alcuno, quando non v' è il consenso delle due parti per significarne il carattere.

Quale conseguenza di questo principio si deve quindi stabilire: 1.° che ciascuno dei due futuri sposi consenta liberamente non solo al matrimonio, ma altresì al matrimonio con quella persona determinata: 2.° che sia in grado di poter consentire; in altri termini, che per l'età e la capacità intellettuale e morale possa validamente obbligarsi ed obbligare. Non possono perciò contrarre matrimonio, a meno che non vi siano autorizzati, i maschi che siano minori di 25 anni, se soggetti alla patria potestà, o di 21 anno, se soggetti a tutela. Nessuna autorizzazione può conferirne all'interdetto per infermità di mente, la facoltà di contrarre matrimonio. Quanto ai sordomuti e ai cieconati, essi possono contrarlo, purchè siano in grado di provare la libertà del loro consenso.

Fra coloro cui la legge nega la facoltà di contrarre

matrimonio abbiamo veduto che v' e l'interdetto per infermità di mente (art. 61). Anticamente, l'interdizione non produceva ostacolo al matrimonio, poichè, essendo per lo piu pronunciata per causa di prodigalità, questa non toglieva la facoltà di acconsentire. Ma nel nuovo diritto l'interdizione ha unicamente per fondamento tale infermità di mente che, oltre all'essere abituale, renda un individuo incapace di provvedere ai propri interessi (art. 324).

La nostra legge adunque dispone 1.° che l'interdizione giudiziaria sia d'impedimento assoluto al matrimonio; 2.° che ove l'istanza d'interdizione sia solamente promossa, si debba sospendere la celebrazione del matrimonio, finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunciato (art. 61); 3.° che si può fare opposizione al matrimonio, quando sia fondata sull'infermità di mente di uno degli sposi (art. 83); 4.° che per questo stesso motivo può essere impugnato il matrimonio, quando vi concorrano le condizioni indicate dall'art. 112.

Quali siano poi i caratteri essenziali della mancanza di consenso, sarà veduto più innanzi.

143. Del consenso di coloro a cui i contraenti sono soggetti.

Ciò che distingue il matrimonio da ogni altro contratto si è l'importanza de' suoi effetti, relativamente tanto alle persone quanto ai beni: non solo sono in gioco gli interessi dei contraenti ma altresì quelli della famiglia di cui fanno parte, e quelli più gravi ancora dei figli che ne nasceranno. Ecco perchè disapprovai la legge per aver fissato a soli 18 anni per l'uomo

Digitized by Google

e a 15 per la donna l'età in cui si può procedere ad un atto tanto grave, e che implica tanta responsabilità.

A temperare gli effetti di questa immaturità dei contraenti, si è disposto che il matrimonio non possa aver luogo, quando i contraenti sono minori, se non hanno ottenuto il consenso di coloro alla cui autorità sono stati assoggettati dalla natura o dalla legge (articolo 63 e seg.).

Quando esistono i genitori, la minorità pel matrimonio dura sino all'età di 25 anni compiuti per gli uomini, e di 21 per le donne: per cui, appena maggiore d'età, la figlia, abbia o non abbia ascendenti, è assolutamente libera di contrarre matrimonio, senza che le sia mestieri di consenso alcuno; mentre il figlio, se ha i due genitori, o un solo vivente, è obbligato ad ottenerne il consenso. Abbiamo qui una singolare contraddizione; mentre il matrimonio gli è permesso all'età di 18 anni, si cade in un eccesso opposto, interdicendogli di contrarlo liberamente prima dei 25 anni. Non era cosa più logica differire questa facoltà fino a vent'un anno, e dichiarar poi uomini e donne capaci per questo, come già lo sono per ogni altro atto della vita civile? Uno degli autori del Codice, giustificando questa contraddizione, diceva che egli si appoggiava sopratutto sull'esempio del Codice francese; ma un simile argomento non ha che un mediocre valore. Se l'autorità dell'esempio francese è così grave, perchè non si è mantenuto il sistema degli atti rispettosi? Pure, venne saviamente abolito.

Ciò che rende più singolare il prolungamento della minorità del figlio fino ai 25 anni si è, come si è veduto, che la figlia diviene maggiore, anche pel

Digitized by Google

matrimonio, all'età di 21 anno. Qual'è la ragione di questa diversità?

Ce lo dicono gli autori e i commentatori del Codice Napoleone; — 1.° perchè il rifiuto degli ascendenti potrebbe essere irreparabile per le figlie già maggiori di 21 anno, poichè la loro giovinezza è spesso cagione di un collocamento vantaggioso, di cui non troverebbero più l'accasione in età più avanzata; 2.° perchè per una famiglia il matrimonio della figlia ha meno importanza di quello del figlio, atteso che questi ne conserva e ne perpetua il nome: 3.° perchè, in generale, la ragione si sviluppa più rapidamente nell'uomo che nella donna.

La puerilità di simili argomenti è così chiara che non credo dover insistere molto per dimostrarla: mi limiterò quindi a notare; — quanto al primo, che se la base della necessità del consenso dei genitori al matrimonio dei figli è la presunzione della loro chiaroveggenza e del loro interesse per la prole, è assurdo il credere che la figlia abbia, meno del figlio, bisogno di profittarne; dovendosi invece presumere che, coi nostri costumi, il figlio abbia sempre più esperienza della figlia: — quanto al secondo, che pei genitori onesti non vi devono essere distinzioni, ma che devono preoccuparsi tanto dei maschi come delle femmine, in faccia a cui hanno uguali diritti e uguali doveri; essendo cosa immorale ed iniqua fondar preferenze o antipatia sull'accidente del sesso: — e quanto al terzo, non si può a meno di sorridere, quando si pensi che questa donna, di cui si annuncia la precocità dello sviluppo intellettuale e morale, è poi colpita, col matrimonio stesso, da una presunzione d'inettitudine e d'incapacità, che la fa discendere al grado, se non di minore, certo d'inabilitata.

Digitized by Google

Checchè ne sia, la legge ha creduto di dover mantenere la distinzione; e solo ha paritiicato gli sposi, quando siano sotto tutela.

Esaminiamo ora quali sono le persone il cui consenso è necessario, e quali le ipotesi che si possono verificare.

Anzitutto, stanno naturalmente i genitori; e il figlio che contrae matrimonio deve ottenere il loro consenso. Ma se vi sia dissenso fra loro? In tal caso abbiamo due ipotesi: — o il padre rifiuta; e se anche la madre consenta, il matrimonio non può aver luogo: o la madre rifiuta, ma il padre consente, la sua volontà prevale, e il dissenso della madre è considerato come non avvenuto. — L'opinione della madre non ha, come si vede, forza alcuna; e il consultarla è, per parte del figlio, una semplice formalità: con che rispetto alla materna dignità, ognuno lo vede.

Se uno dei genitori è morto o nell'impossibilità di manifestare la sua volontà, allora basta il consenso dell'altro. L'impossibilità a cui allude l'art. 63 può essere determinata: o dall'interdizione per infermità di mente; o dalla interdizione legale: o dall'assenza, sia presunta o dichiarata. La stessa non-presenza di un genitore può, in alcuni casi, essere considerata come motivo sufficiente per rendere valido il consenso dell'altro.

Trattandosi del matrimonio di un figlio adottivo, che non ha compiuti gli anni vent'uno, si richiede, oltre il consenso dei genitori, anche quello dell'adottante. S'intende che quello dei genitori naturali gli è necessario fino all'età di 25 anni (articoli 62, 211, 212).

Se il padre e la madre fossero morti, o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, i minori

Digitized by Google

degli anni vent'uno non possono contrarre matrimonio senza il consenso degli avi e delle avole; se l'avo o l'avola della medesima linea sono discordi, basta il consenso dell'avo, come già bastava quello del padre. Il disparere fra due linee equivale a consenso (art. 64). Sebbene la legge non parli che d'avi e d'avole, s'intende che, in mancanza loro, sottentrano i bisavoli e le bisavole.

A schiarimento del disposto dell'art. 63 è da notare: 1.° che se v'è un solo ascendente, il suo consenso basta; 2.° che se ne esistono due, ma in grado disuguale, come un' avola e un bisavolo, il diritto di consentire al matrimonio spetta all'ascendente più prossimo, cioè, all'avola; 3.° che se esistono ascendenti delle due linee, ma in grado diverso, prevale egualmente l'autorità del parente più prossimo; 4.° che se in una linea v'è l'avo, e nell'altro l'avola, a grado uguale, prevale il consenso dell'avo.

Un'osservazione che importa fare è che, in materia di matrimonio, nessuna delle due linee ha preferenza sull'altra: in materia di tutela, la linea paterna è generalmente preferita alla materna (art. 244).

Se non esistono genitori, nè adottanti, nè avi, nè avole, o se niuno d'essi è nella possibilità di manifestare la propria volontà, i minori degli anni vent' uno non possono contrarre matrimonio, senza il consenso del consiglio di famiglia (art. 65). Da questo articolo risulta: 1.° che se il figlio o la figlia che vuole contrarre matrimonio è maggiore di 21 anno, non ha bisogno del consenso di alcuno; 2.° che se è minore, ha bisogno del consiglio di famiglia o di tutela; 3.° ove si tratti di minore adottato, e vivesse tuttavia l'adottante, il consenso di quest'ultimo è

Digitized by Google

sufficiente ad autorizzare il matrimonio dell'adottato, nel caso preveduto dall'art. 65, e non è necessario ricorrere al consiglio di famiglia: la parentela naturale è surrogata dalla parentela civile.

Tutte le regole fin qui esposte sono applicabili ai figli naturali, purchè siano legalmente riconosciuti (art. 66). In mancanza di genitori viventi o di adottanti capaci di consentire, il consenso è dato dal consiglio di tutela. Però fra la condizione dei figli naturali in materia di matrimonio vi sono alcune differenze da quella dei figli legittim; e la più notevole è questa; che i figli legittimi hanno degli ascendenti che surrogano i genitori, quando questi sono morti o non possono manifestare la loro volontà; invece i figli naturali non hanno altri ascendenti che il padre e la madre, poichè il vincolo di parentela a cui il riconoscimento dà luogo è limitato ai genitori od a quel genitore che lo ha fatto (art. 749), per cui, i figli naturali minori dipendono sempre dal consiglio di tutela: e tanto più ne dipendono, quando non sono riconosciuti (articoli 66, 2.° al.).

Come dev'essere dato il consenso degli ascendenti? E a qual momento? La legge ammette due modi: esso può essere dato — o personalmente, dinanzi all'uffiziale dello Stato civile; — o per atto autentico, il quale contenga la indicazione precisa tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro (art. 81, — Decreto sull'ordin. dello Stato civile, 70). L'atto deve parimente esprimere il nome e cognome, la professione e residenza, e il grado di parentela delle persone che danno il consenso.

Il consenso poi del consiglio di famiglia o di tutela deve constare da una deliberazione contenente le

Digitized by Google

indicazioni anzidette (art. 81). Ove l'ascendente si trovi nella impossibilità di manifestare la propria volontà; ciò dev'essere provato 1.° colla produzione dei relativi documenti, quando essa consti già in modo legale, come nell' assenza dichiarata, nella interdizione pronunciata, giudiziaria o legale, e simili; 2.° colla produzione di un atto di notorietà redatto nelle forme indicate dall'art. 80 del C. C., quando l'impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali, come nei casi di assenza presunta, di malattia mentale, e simili. (Ordin. stat. civ. 70).

L'ufficiale dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni, se non gli consta del consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia, o di tutela, nei casi in cui tal consenso è necessario (art. 74).

144. Del rifiuto di consenso.

Ma può avvenire che i genitori, o gli ascendenti, o il consiglio di famiglia o di tutela rifiutino il loro consenso nei casi in cui è necessario. La loro decisione è essa irrevocabile?

Il Codice Napoleone non l'assoggetta ad alcuna indagine; per cui, ove non fosse fondato su ragionevoli motivi, il loro rifiuto può essere causa di un danno forse irreparabile. Non così il nostro Codice: il quale apre al figlio o al minore che si creda leso la via ad una riparazione possibile. Infatti, secondo l'art. 67, il figlio maggiore d'età può far richiamo alla Corte di Appello contro il rifiuto di consenso degli ascendenti, *o del consiglio di famiglia o di tutela*: nell'interesse della figlia e del figlio minore d'età si può fare richiamo sia dai parenti o dagli affini, sia

Digitized by Google

dal Pubblico Ministero. Notiamo di passaggio l'infelicità singolare (a dir poco) della redazione dei due primi capoversi dell'art. 67, secondo i quali parrebbe che al figlio maggiore di età sia riconosciuto il diritto di richiamo contro il dissenso degli altri ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela; dissenso che non ha nessun valore giuridico, perchè non è necessario. Il pensiero del legislatore è in realtà, il seguente: 1.° il figlio che ha compiuto 21 anno, ma non ancora 25, ha diritto di richiamo contro il dissenso dei genitori; 2.° i parenti, gli affini e il Pubblico Ministero possono, nell'interesse del figlio minore, fare richiamo alla Corte d'Appello contro il dissenso dei genitori, degli altri ascendenti, del consiglio di famiglia o di tutela. Ad ogni modo, resta ancora da giustificare la stravagante redazione dell'art. 67.

Il ricorso aperto alla Corte d'Appello ha dunque questo vantaggio: che se il rifiuto di consenso non è fondato su cagioni legittime, non è d'ostacolo al matrimonio. La legge non accenna — nè il poteva — ai casi nei quali il rifiuto è giusto e a quelli in cui è arbitrario: sono quistioni di fatto che la sola autorità giudiziaria può apprezzare. L'art. 67 dispone che il provvedimento della Corte non debba contener motivi: ma che possa solo farvisi menzione del consenso che fosse dato dinanzi alla Corte stessa. Questa dispensa dall'obbligo della motivazione non mi pare abbastanza spiegata: è un'eccezione al diritto comune, che nessun interesse pubblico o privato richiede, e che poteva essere risparmiata. Più razionale assai è la procedura determinata in simili controversie: così la causa si porta a udienza fissa, e la Corte provvede, sentite le parti ed il Pubblico Ministero, a porte chiuse. Non è

Digitized by Google

ammesso l'intervento del procuratore, nè di altri difensori. Il procedimento conserva un carattere, direi quasi, domestico: e se non vi fosse l'inutile intervento del Ministero Pubblico, questo carattere sarebbe ancora meglio spiccato.

Il solo rimedio adunque che la legge ammetta contra il rifiuto di consenso per parto delle persone cui i futuri contraenti sono soggetti è il richiamo all'autorità giudiziaria: il sistema dei così detti *atti rispettosi* fu, e con ragione, eliminato. Questa è stata una scoperta tutta francese; ma, dirò col Saliceti, non fu conquista nè per la scienza, nè pel galateo. Bel rispetto si è quello di far invadere, da pubblico ufficiale, accompagnato da testimonii, il domicilio dei genitori, per chiedere loro un consenso, nella stessa guisa che il creditore manderebbe un usciere a far sequestrare al suo creditore! E prima di quella scandalosa scena giudiziaria, credete voi che il figlio non abbia più volte e ricercato, e fatto ricercar privatamente il consenso paterno? Certo che lo tentò iterate volte: ma non vi fu verso d'intendersi tra il pensar d'una vita che sorge rigogliosa e quello d'una presso a spegnersi. Il pubblico ufficiale non li farà intender meglio, e solo perpetuerà la memoria di quel che avevasi ad obliare, romperà vincoli di carità e di sangue, dove maggiormente era mestieri di raffermarli. Se il rifiuto è giusto, gli sposi diverranno storicamente infami, ove la posterità voglia aver pensiero di essi: chi lor diede la vita avrà in cambio tolto l'onore. (*Rivista del Codice civile francese*, 163).

« Il solo effetto che può sperarsi da tale sistema, diceva il Pisanelli nella sua relazione, consiste nel dar tempo ed agio ai figli di riflettere sul matrimonio

Digitized by Google

che essi vogliono contrarre contro il parere dei genitori. — Ma questo beneficio, il quale è ben dubbio, anche ottenuto in qualche raro caso, non equivale alla certezza di vedere spesso avvilita l'autorità dei genitori. Ognuno deve sentire quanto sia poco conveniente l'obbligo che impone la legge di chiedere un consiglio, quando essa stessa dà il diritto di spregiarlo. D'altronde, se i genitori possono mutare di parere e consentire ad un matrimonio che prima disapprovavano, ciò può ripromettersi dai buoni uffici di persone congiunte od amiche, ma non mai dalla intimazione di un atto rispettoso fatta da un pubblico ufficiale, intimazione che racchiude sempre in se stessa qualche cosa di odioso ed irritante. Non si anderebbe pure lontano dal vero nel supporre che sovente *l'atto rispettoso* può formare un grave ostacolo alla riconciliazione tra i genitori ed i figli ».

Tale è il giudizio che i più autorevli giurisconsulti portarono sugli *atti rispettosi*, che con ragione vennero cancellati dal nostro Codice.

Digitized by Google

LEZIONE XXII.

DELLE CONDIZIONI SPECIALI PER CONTRARRE MATRIMONIO

154. Distinzione fra le condizioni generali e le condizioni speciali.

Le condizioni fin ora esaminate hanno un carattere essenzialmente positivo: esse consistono sopratutto nel possesso di certi requisiti che sono indispensabili onde costituire la capacità personale e l'idoneità al contratto di matrimonio.

Vi sono però altre condizioni, egualmente importanti, ma di carattere più speciale e che consistono nell'assenza di certi ostacoli, determinati dalla legge; che sono, quindi, sopratutto negative.

Quando la legge fissa l'età pel matrimonio, l'obligo dell'unità conjugale, del consenso degli sposi e delle persone da cui dipendono, impone delle condizioni generali che costituiscono, si può dire, l'essenza medesima del contratto matrimoniale. Ma quando dichiara gli impedimenti a questo contratto, entra nel campo delle eccezioni e delle specialità; per cui sarebbe giusto di dire che le condizioni generali formano le regole

Digitized by Google

fondamentali e ordinarie del contratto di matrimonio, mentre le condizioni speciali ne contengono le restrizioni.

La più importante fra le condizioni speciali che si richiedono per contrarre validamente matrimonio è l'inesistenza di quei vincoli di parentela e di affinità che sono indicati dalla legge (art. 58, 59, 60).

L'essere stato condannato come reo d'omicidio volontario, eseguito, tentato o mancato a danno di un conjuge è un impedimento alla contrattazione del matrimonio con l'altro conjuge (art. 62).

La donna vedova ha poi un obbligo speciale: essa non può passare a seconde nozze, prima che siano scorsi dieci mesi dopo lo scoglimento del primo matrimonio (art. 57).

Queste, e non altre, sono le condizioni negative che la legge richiede per contrarre matrimonio: — Non essere parenti ad affini entro un dato grado – non aver commesso contro un conjuge il reato indicato dall'art. 62: non trovarsi (la donna) nel periodo di cui l'art. 57 — La legge non accenna ad altro qualsiasi impedimento: e siccome, quando si tratta di leggi che ristringono il libero esercizio dei diritti, e formano eccezione alle regole generali od altre leggi, è principio inconcusso che non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi (tit. prelim. C. C. art. 4), così non si può assolutamente esigere, da chi vuol contrarre matrimonio, altra condizione, positiva o negativa, all'infuori di quelle che la legge ha espressamente determinate.

Digitized by Google

146. Dell'impedimento risultante dalla parentela e dall'affinità.

Il matrimonio, secondo le nostre leggi, è vietato, 1.° tra tutti gli ascendenti e discendenti, legittimi naturali, e gli affini della medesima linea: 2.° tra fratelli e sorelle legittimi o naturali; 3.° tra gli affini nel medesimo grado: 4.° tra lo zio e la nipote, tra la zia e il nipote: 5.° tra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti; 6.° tra i figli adottivi della stessa persona: 7.° tra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante; 8.° tra l'adottato e il conjuge dell'adottante, e tra l'adottante e il conjuge dell'adottato. — Esaminiamo questi diversi impedimenti.

La parentela, abbiamo veduto, è il vincolo che unisce le persone discendenti da uno stesso stipite (art. 48). Essa è legittima o naturale, secondo che risulta o no da un matrimonio legittimo. La legge colpisce di proibizione assoluta il matrimonio in linea retta; e quanto alla collaterale, lo proibisce non meno assolutamente tra fratello e sorella, ma con minore severità, fra zii e nipoti.

In generale, i matrimoni fra parenti, come già dissi, trattando della parentela, sono da condannarsi, sotto tutti gli aspetti; moralmente e fisicamente non possono produrre che cattivi effetti. E le restrizioni della legge non hanno bisogno di essere giustificate.

Moralmente essi hanno per risultato di snaturare, a così dire, il carattere dei rapporti che esistono tra le famiglie: e si è così ben compreso questo risultato che nemmeno fra i popoli più selvaggi si contraggono di quei matrimoni che noi chiamiamo incestuosi.

Digitized by Google

Dappertutto le leggi civili o le istituzioni religiose, e presso alcuni popoli le ripugnanze istintive hanno fatto respingere le unioni tra parenti: e si è compreso che *in matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est* (L. 14, 2, *ff. de rit. nupt.*)

Fisicamente poi oggimai la scienza ha dimostrato che i matrimonii consanguinei non sono meno da condannarsi. L'incrociamento delle razze è, per l'uomo come per gli animali, la condizione essenziale della conservazione e del buon andamento della specie. I matrimoni fra parenti sono una causa, ben riconosciuta, di degradazione della specie umana. Gli studi di un gran numero di medici, e i fatti statistici raccolti in diversi paesi, provano in modo evidente che il sordomutismo e il cretinismo, la pazzia, la scrofola e molte altre infermità morali e fisiche, sono conseguenze immediate dei matrimoni consanguinei. (F. Devay, *Du danger des mariages consanguins sous le rapport sanitaire* — Boudin, *Mémoire lu à l'Académie des sciences de Paris le* 16 *juin* 1862).

La legge, adunque, con l'interdire affatto il matrimonio fra alcuni parenti, e col renderlo difficile fra alcuni altri, ha provveduto non meno alle ragioni morali che alle ragioni fisiche del civile consorzio.

La interdizione è assoluta fra i parenti in linea retta: quindi non v'è matrimonio possibile fra un ascendente e un discendente, di qualsiasi grado. Un tale incesto farebbe orrore! sclamava Portalis. La proibizione colpisce tutti gli ascendenti e discendenti, siano legittimi o naturali: essa colpisce parimente gli affini della medesima linea.

Non meno assoluta è l'interdizione tra fratelli e sorelle, e si estende tanto ai fratelli legittimi come ai

Digitized by Google

naturali. Una tale interdizione non ha bisogno d'essere giustificata.

Meno assoluto è l'impedimento che si oppone al matrimonio tra gli affini nel medesimo grado, tra lo zio la nipote, tra il nipote e la zia. Alcune legislazioni ammettono senz'altro le nozze tra cognati: altre come la nostra, le interdicono, salvo che si sia ottenuta una dispensa dal Re (art. 68). Alla stessa condizione può essere tolto l'impedimento che esiste fra zii e nipoti.

L'adozione dicevano, i giurisconsulti romani, imita la natura: e gli articoli 210, 211, 212 stabiliscono in modo formale i vincoli che legano l'adottato all'adottante: era dunque evidente che gli stessi motivi per cui il matrimonio è interdetto tra parenti legittimi e naturali producessero i loro effetti anche fra parenti legati dalla parentela civile.

La legge accenna a più riprese all'impedimento che risulta dalla parentela naturale. È sorta la quistione, e si agita tuttavia fra i giurisconsulti, se questa specie di parentela, perchè possa essere d'ostacolo effettivo al matrimonio, debba constatare da un riconoscimento autentico e volontario o da una sentenza secondo gli articoli 181 e 192, o se invece basta che risulti da qualsiasi prova?

Due sistemi sono in presenza: secondo alcuni, la parentela naturale, in qualunque modo sia stabilita, legalmente, o altrimenti, fa ostacolo al matrimonio. Ciò che lo prova si è che venne proposto a più riprese di dichiarare con articolo apposito che la legge ammette soltanto le prove della filiazione naturale nei casi e nei modi in essa stabiliti; (Commissione per la legge sul matrimonio civile, del 1850: - Corti d'appello

Digitized by Google

di Genova e di Lucca, osservazioni sul progetto Cassinis): ma questo articolo non fu messo. La legge adunque non ha voluto organizzare alcun mezzo di prova, per lasciare ai magistrali un potere discrezionale. Se avesse inteso ristringere gli effetti della proibizione alla parentela naturale *legalmente stabilita* lo avrebbe dichiarato: ma ha taciuto e il silenzio è tanto più decisivo, che gli autori del Codice hanno rifiutato di fare una dichiarazione contraria. Per cui, sebbene la parentela naturale che non è *legalmente* costatata sia *legalmente* reputata inesistente in ogni altra materia, pure essa fa ostacolo al matrimonio, nel caso in cui è stabilita da prove di cui la giustizia riconosca la sufficienza e la validità. (Marcadé, sull'art. 161 del Cod. Napol. – Demolombe, *du Mariage*, 107 – Mourlon, I, 527).

Assai più razionale è il sistema opposto; — quando la legge ha organizzato un modo speciale di constatare un fatto, questo fatto, benchè in realtà esistente, pure legalmente, si reputa che non esista, finchè non sia constatato mediante la prova che gli è propria. Or bene la prova della filiazione naturale è stata regolata dalle leggi: nessun'altra può essere ammessa, sia a vantaggio, sia a danno dei figli illegittimi. Interdicendo la ricerca della paternità, la legge ha voluto impedire – così ci è detto – che si porti la turbazione nelle famiglie, con indagini sovente scandalose, incerte e pericolose. Ove fosse lecito seguire altre regole nella prova della paternità naturale in occasione del matrimonio ne verrebbe l'assurdo che lo stato di una stessa persona sarebbe, a così dire, diviso e scisso in due: giacchè potrebbe avvenire, per esempio, che un tale fosse considerato come figlio naturale di uno, all'effetto d'impedirgli il matrimonio colla figlia legittima di

Digitized by Google

questi, mentre in tutti gli altri rapporti sociali sarebbe trattato come figlio legittimo d'altra persona, o di genitori ignoti: il che è assolutamente inammissibile. (Astengo, commento all'articolo 59 – Duranton, II, 160).

147. Dell'impedimento risultante da un reato contro uno dei conjugi.

Nel nostro Codice troviamo un impedimento che non ha riscontro se non nelle leggi austriache. Secondo l'art. 62, chi fu in giudizio criminale convinto reo o complice di omicidio volontario, commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei conjugi, non può unirsi in matrimonio coll'altro conjuge. Se sia stata soltanto pronunciata sentenza di accusa, ovvero ordinata la cattura, si deve sospendere il matrimonio, sino a che il giudizio sia terminato. Nè il diritto romano, nè il Codice Napoleone, nè alcun altro di quelli che lo hanno imitato contengono una disposizione analoga. Il diritto romano (D. L. 11, *ad leg. Jul. De adult.* — Cod. Legg. un. 1, *de rapt. virg.*) interdice il matrimonio fra il rapitore e la rapita, e fra gli adulteri: nessun testo accenna ad impedimenti che sorgano dall'omicidio di un conjuge. Furono le leggi ecclesiastiche che introdussero qualche impedimento (Decret. L. III. tit. 33, *de Convers. inf.* cap. 1 Nuytz, *de Matr. sect. tit.* 14). Le sole leggi austriache, come si è detto, hanno ammesso un impedimento conforme a quello dell'art 62; il quale non è, a dir vero, che la riproduzione del concetto sancito dall'articolo 37 dell'appendice seconda della legge emanata nell'impero austriaco l'8 ottobre 1856.

Digitized by Google

Si era proposto (ed alcuni progetti del Codice contenevano già gli articoli) di considerare l'adulterio come un impedimento a futuro matrimonio. Ma fu con ragione deciso di respingere la proposta, lasciando alla pubblica opinione la cura di colpire col suo disprezzo l'immoralità di simili unioni. Quando invece si tratti di un delitto di sangue, è chiaro che si richiedono disposizioni più severe. Ecco in quali termini spiegava l'introduzione di questo articolo il dotto relatore della Commissione senatoria:

« Un altro impedimento parve doversi ammettere per motivi evidenti di morale decenza, ed è quello dell'*omicidio volontario*, introdotto dalla santità delle leggi canoniche, e generalmente ricevuto presso i popoli civili (?) Egli è ben vero che l'applicazione di questo impedimento non potrà che essere assai rara nel foro esterno, poichè, se non si scopre il reato, giace occulto l'impedimento; e se il reato si scuopre, la condanna che ne segue del colpevole lo porrà nella impossibilità di fatto di contrarre qualunque matrimonio. Però i casi di prescrizione, di grazia o di breve pena pel concorso di circostanze attenuanti parvero sufficienti a giustificare l'utilità e la convenienza del divieto di nozze contaminate dal sangue ».

È da notarsi l'innovazione recata dall'art. 62 alle disposizioni delle leggi ecclesiastiche. Secondo queste, l'omicidio era d'impedimento alle nozze quando si verificavano due condizioni: 1.° quando coloro che intendavano contrarre matrimonio avessero cospirato di concerto contro la vita del conjuge, onde togliere l'ostacolo alle nozze: era però necessario che l'omicidio fosse stato consumato; il tentativo non bastava, perchè le leggi parlavano di omicidio commesso;

Digitized by Google

2.° quando concorresse l'adulterio con l'omicidio (Nuytz, op. cit., sez. 10, tit. 14, art. 1). L'art. 62 è più severo; esso punisce con l'interdizione di contrarre matrimonio non solo il reato commesso, ma anche quello che sia mancato o solamente tentato.

148. Dell'impedimento risultante dalla vedovanza della donna.

Se l'impedimento creato dall'art. 62 non ha, come si è veduto, molti riscontri nelle leggi antiche o moderne, non si può dire altrettanto di quello sancito dall'art. 57, il quale interdice le seconde nozze alla donna vedova, se non sono decorsi dieci mesi dallo scoglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, salvo il caso che l'annullamento abbia avuto luogo per l'impotenza del marito (art. 107); questo divieto però cessa dal giorno che la donna abbia partorito.

Fra i motivi che si adducono a spiegazione di questo impedimento primeggia quello che si trae dall'offesa che un simile matrimonio reca alla pubblica moralità: non essendo conveniente che la donna mostri tanta impazienza di passare a seconde nozze, subito dopo la morte del primo marito, la legge deve interdire lo scandalo che ne deriverebbe: poichè tutti farebbero alla donna il rimprovero che Virgilio fa rivolgere a Didone, *cineres aut manes nihil curare sepultos*.

Questo motivo però non ha valore giuridico di sorta: il solo che è veramente fondato, e che risulta dallo spirito come dalla lettera della legge, è la necessità di evitare le incertezze sulla paternità.

Digitized by Google

Questo, e non altro, era il motivo che aveva determinato il legislatore romano a sancire una simile proibizione. *Etsi talis sit maritus* (leggesi al parag. 1 della L. II d. *De his qui not. inf.*) *quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptu intra legittimum tempus collocari; praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri*, PROPTER TURBATIONEM SANGUINIS. Identico è il motivo che ha determinato il nostro legislatore a vietare il matrimonio della vedova prima che dieci mesi siano decorsi dalla morte del marito.

È ben vero che la violazione di un tale divieto non produce nullità di matrimonio: per quanto siano gravi gli interessi che la legge ha voluto proteggere, non si trova però tale offesa all'ordine pubblico o alla pubblica moralità da doversi considerare il diritto come un impedimento dirimente. Basta che sia provveduto con opportune disposizioni a far si che un simile matrimonio non possa aver luogo: ma una volta compiuto non si può annullare. Non vi sarebbe, invero, proporzione alcuna fra la gravità della violazione fatta al precetto della legge e la punizione con cui sarebbe colpita.

Le disposizioni, dalla legge per impedire alla donna vedova di passare a seconde nozze prima che siano trascorsi dieci mesi dalla vedovanza sono, le une preventive, le altre repressive.

Fra le misure preventive primeggia l'obbligo imposto all'ufficiale dello stato civile di esigere dalla vedova i documenti necessarii per constatare che sono decorsi dieci mesi dalla morte del marito o dallo annullamento del matrimonio precedente, a norma dell'art. 57, a meno che il motivo dell'annullamento

Digitized by Google

sia stata la impotenza manifesta e perpetua, come nel caso espresso dall'art. 107 (Regol. sull'ord. dello stat. civ. art. 72). Inoltre, la vedova che domandi la dispensa dalle pubblicazioni è obbligata a presentare un atto di notorietà col quale cinque testimoni dichiarino dinanzi al pretore che essa non si trova nel caso indicato dall'art. 57 (C. C., art. 78). Finalmente, quando si tratti di matrimonio fatto in contravenzione di questo divieto, l'art. 86 riconosce se il marito è morto, il diritto di farvi opposizione ai prossimi di lei ascendenti e a tutti i parenti del primo marito; se invece il matrimonio fu anullato, il diritto di farne opposizione spetta anche a colui col quale il matrimonii aveva avuto luogo. — Queste, e non altre, sono le misure preventive colle quali la legge ha cercato di rendere impossibili i matrimoni contro il divieto dell'art. 57.

Ma se avviene che, malgrado gli ostacoli supposti, il matrimonio si fosse compiuto, la legge punisce la violazione fatta con diverse misure repressive: così 1.° la donna colpevole, l'altro coniuge e l'uffiziale dello stato civile che abbia celebrato il matrimonio incorrono nella multa di lire 300, che possono estendersi sino a 1000: 2.° la donna, di più, incorre nella decadenza da ogni donazione, lucro dotale e successione che gli provengano dal primo marito (art. 127). La legge romana era assai più radicale, poichè dichiarava infame tanto la donna che passava a seconde nozze nel caso indicato dall'art. 57 quanto il di lei marito (L. 3, 5, C. *de sec. nupt.* — C. 15, *ex quib. caus. inf.*: vi è riportato un rescritto dell'imperatore Gordiano a Sulpicio). Gli è appunto per provvedere alla sicura applicazione delle disposizioni della legge che, secondo

Digitized by Google

l'art. 100 del decreto citato sull'ordinamento dello stato civile, l'ufficiale davanti al quale una vedova abbia contratto matrimonio deve informare prontamente il Pretore.

149. Del matrimonio di persone vincolate da ordini sacri.

Una quistione che occupa vivamente i giuristi è questa: se chi è vincolato da voti religiosi possa contrarre matrimonio. — La giurisprudenza francese vacilla fra il sì e il no; tende però a prevalere fortemente la negativa; e la Cassazione è costante nel dichiararne contrarii alla legge questi matrimonii.

In Italia la quistione è stata vivamente agitata tanto dinanzi ai tribunali come nella stampa. L'immensa maggiorità dei giuristi si è dichiarata favorevole al principio che *ubi lex voluit, dixit*: e che non avendo il Codice considerato i vincoli religiosi come un impedimento al matrimonio, era cosa contraria ai canoni più elementari della interpretazione delle leggi il voler trarre dal silenzio del legislatore una così arbitraria restrizione di diritti. E oggimai l'autorità giudiziaria è concorde coi giuristi: meno una sentenza isolata del tribunale di Genova, emendata da un'altra bella, dotta e vigorosa sentenza della corte d'appello, dovuta alla penna di quel valente giurisconsulto che è il primo presidente Alessandro Pinelli, tutte le controversie insorte furono sciolte nel senso affermativo.

Prima ancora dell'attuazione del Codice, avevano avuto luogo le più vive discussioni su cotesta quistione Nel primo progetto di Codice erano dichiarati incapaci al matrimonio quelli che avessero ottenuto gli ordini

Digitized by Google

maggiori. Questa disposizione era stata vivamente appoggiata dagli uni e combattuta dagli altri. Fra i più vigorosi avversarii d'ogni restrizione di diritti a danno del clero giova annoverare il Buniva, il quale, ne' suoi eccellenti *studi sul primo libro del progetto di Codice civile Miglietti,* dopo aver chiesto il perchè si faceva della qualità di chierico un'incapacità che non nasceva da alcuna causa naturale o civile, così prosegue:

« Se il cittadino sia prete o no, è indagine che sfugge al potere civile. Instituendola, egli entra a sindacare atti individuali pei quali ogni uomo gode una pienissima libertà, e non deve renderne conto ad alcuno. Egli colpisce di un'incapacità alla facoltà di unirsi in matrimonio, la quale è una diretta conseguenza della personalità umana; quindi commette un vero abuso di potere. Non ci arresta il riflesso che l'unione matrimoniale di un sacerdote è riprovata dalla pubblica opinione nei paesi, come l'Italia, dove la grande maggioranza dei cittadini segue la fede cattolica. Ciò potrà essere un possente ritegno ad un individuo che si trovi iniziato negli ordini sacri, per non contrarre questo vincolo; ma non potrà mai essere un motivo valevole al legislatore per respingerlo da un contratto a cui come uomo e come cittadino ha un incontestato diritto. La riprovazione di quest'unione sarà una circostanza certamente ben grave, che egli dovrà pesare con maturità di consiglio; ma pel cómpito del legislatore è assolutamente indifferente. Ben altre contingenze si potrebbero accennare, per le quali un'unione sia universalmente condannata, senza che si voglia imporre al legislatore il carico di colpirla di nullità giuridica. O la pubblica opinione

Digitized by Google

contro il matrimonio dei preti è così generale e potente come si asserisce; e in tal caso, senza soccorso di legge, impedirà nel più dei casi simili unioni; o tale non è, ed allora non può essere magistero del legislatore il crearla fittiziamente e lasciarsi così trascinare alla violazione degli individuali, primitivi ed inalterabili diritti dei cittadini ».

I sani principii di diritto, esposti con tanta forza dal valente giurisconsulto di cui si onora l'Ateneo torinese, ricevettero la sanzione del legislatore, il quale cancellò ogni restrizione relativa ai sacerdoti; e per cui, in materia di matrimonio essi rimasero puramente e semplicemente assoggettati al diritto comune.

Non è però a credere che la quistione fosse sciolta senza ostacoli. Già il secondo progetto Cassinis avea cancellato i due articoli coi quali s'interdiceva il matrimonio dei chierici e quello di cristiani con non cristiani; i progetti Miglietti e Pisanelli seguirono la stessa via. La Commissione senatoria che esaminò il progetto Pisanelli non toccò di alcuno di questi due impedimenti. « La Commissione, diceva il Vigliani, nella sua relazione, riconosceva che nello stabilire le condizioni necessarie per contrarre il matrimonio, le quali si dicono impedimenti, il progetto saviamente si attenne a quelli soltanto che hanno la loro ragione nell'interesse civile, ossia nel bene pubblico della società, nel bene privato delle famiglie, lasciando alla coscienza dei credenti gli impedimenti che sono propri di questo o di quel culto religioso... »

Ma la forza di queste ragioni non valse a convincere gli avversarii: e una lunga e vivissima discussione ebbe luogo in Senato, quando si trattò della

Digitized by Google

legge per l'unificazione legislativa del Regno, e quindi per la promulgazione del Codice civile.

Alcuni membri del Senato volevano che fosse aggiunto nel Codice un articolo, diretto a impedire il matrimonio dalle persone insignite dagli ordini sacri. Altri, fra cui il senatore F. Sclopis, chiedevano che il ministro di grazia e giustizia, (G. Vacca) facesse su questo punto una dichiarazione formale e precisa. Ma il ministro si rifiutò ad una cosa ed all'altra, credendo che « il Codice non dovesse uscire dalla cerchia puramente civile » e lasciando all'interpretazione giudiziaria la cura di provvedere e supplire al silenzio del Codice civile, come appunto avvenne in Francia.

Questa risposta, a dire il vero, era infelicissima, e mancava di franchezza. Non era cosa molto più razionale e più conforme alla dignità del legislatore dichiarare solennemente le ragioni su cui si appoggiava per eliminare dal Codice ogni elemento religioso, in omaggio ai principii della libertà di coscienza? E, d'altra parte, perchè abbandonare alle incertezze ed ai conflitti della giurisprudenza una quistione così capitale di diritto, come è quella che concerne la capacità legale dei cittadini? Era cosa prudente e addicevole a chi fa leggi il rifiutarsi di dare una guida sicura a chi deve interpretarle e applicarle? Ci veleva molto ad aggiungere ad un articolo la dichiarazione seguente: « la legge non riconosce altri impedimenti all'infuori di quelli indicati negli articol i precedenti? »

Checchè ne sia, il Senato respinse ogni emendamento che implicasse un divieto al matrimonio dei religiosi d'ambo i sessi; per cui nel silenzio della legge, e dopo il voto esplicito del Senato, essi rien-

Digitized by Google

trano puramente e semplicemente sotto l'impero del diritto comune.

Una sanzione più esplicita di questo principio ce la danno i processi verbali della Commissione di coordinazione. Nella tornata del 20 aprile 1865 venne in discussione la proposta dell'onorevole Mancini « di « dichiarare che oltre agli impedimenti matrimoniali « stabiliti dalla legge civile, non possano ammetter- « sene altri riconosciuti dai canoni o dalle consuetu- « dini delle varie religioni: ma considerando che il « complesso delle disposizioni del Codice sulla mate- « ria del matrimonio rende soverchia qualunque di- « chiarazione in proposito, la Commissione delibera di « passar oltre alla detta proposta ».

Non conoscevano sicuramente questo esplicito linguaggio quei magistrati i quali torsero il Codice sì da trovarvi un impedimento dedotto da vincoli religiosi: eppure il precetto più elementare in fatto d'interpretazione delle leggi è di studiare le intenzioni del legislatore; e i processi verbali dei lavori preparatori per la redazione delle leggi sono sempre stati considerati come una guida autorevole e sicura. Qui la Commissione, come nota giustamente l'Astengo, affermava ciò che era stato detto e sottinteso fino allora, che la legge civile nulla avesse a fare in queste materie colle leggi ecclesiastiche, e risolveva la quistione nel senso che i preti e i religiosi possano contrarre matrimonio civile (1).

(1) Sono da leggersi alcuni vigorosi articoli di un ott'mo giornale di giurisprudenza, *La Legge* (1866) che sostenne questa medesima tesi con molta forza, e confutò pienamente i sofismi coi quali si volle mettere in dubbio uno dei principii più evidenti del nostro nuovo diritto civile.

Digitized by Google

Possiamo dunque considerare come sciolta fra noi una controversia che, iu Francia, agita ancora magistrati e giurisconsulti, sebbene il pensiero del legislatore vi sia stato ben espresso non meno che da noi: gli autori del Codice Napoleone stabilirono formalmente che, dinanzi alla legge civile, le obbligazioni puramente ecclesiastiche e spirituali non hanno alcuna forza obbligatoria, perchè la legge stessa vi proclama, la libertà di coscienza e di culto. La giustizia secolare, dicevano essi, non riconosce cattolici, protestanti o israeliti, nè ha tre legislazioni diverse, accomodate a ciascuno dei tre culti: essa non riconosce che dei francesi, e una legge comune a tutti. Gli ufficiali dello stato civile non hanno dunque diritto, quando uno si presenta loro per contrarre matrimonio, d'informarsi delle sue credenze religiose, nè degli impegni spirituali che avesse assunti: una tale inquisizione sarebbe la violazione della libertà di coscienza. Il prete che desidera contrarre matrimonio rinuncia senza dubbio al carattere di cui è investito: ma non è il suo diritto? (Demolombe, *du Mariage*, 135).

« Voi non troverete più nella nuova legge, diceva il tribuno Gillet nella sua relazione al Tribunato, alcuno di quegli impedimenti che erano finqui sollevati da barriere *puramente spirituali*: non già che non possano vigere ancora nel dominio rispettato delle coscienze; ma hanno dovuto disparire dal dominio della legge, la quale è diretta da intendimenti di un altro ordine ».

Nè meno esplicito è il Portalis, nella sua relazione al Governo: « La qualità di sacerdote non è più un impedimento al matrimonio: un'opposizione al matrimonio fondata su questo punto non sarebbe ricevuta,

Digitized by Google

poichè l'impedimento proveniente dal sacerdozio non è stato sancito dalla legge civile ».

Eppure, i tribunali francesi quasi concordi escludono dal matrimonio i preti; e una gran parte dei giuristi francesi sostengono l'esclusione: basta citare fra questi Favard (*Rép.* V.° *Mariage*), Duranton (2, n.° 201), Dalloz, (*Lois, Mariage*), Zachariae, (*Droit civil francais,* T. III, 285), Marcadé, più violento e più assoluto di tutti (Tom. 1, n.° 564) — I più autorevoli fra i giurisconsulti che ammettono invece il diritto di chi è vincolato dagli ordini religiosi, di contrarre matrimonio, sono: Merlin (*Rép.* v.i *Célibat, Mariage*) Toullier, (T. I), e soprattutto Demolombe, la cui splendida e irresistibile argomentazione non ha lasciato in piedi un solo dei sofismi messi innanzi da coloro che vogliono fare dello Stato l'esecutore dei precetti delle leggi canoniche.

Riassumendo la quistione, credo che oggimai può considerarsi fra noi come sciolta nel senso del diritto comune: e a chi serbasse dei dubbi, ci limitiamo a ricordare: 1.° che tutto lo spirito della nostra legislazione tende a separare completamente lo Stato dalla Chiesa; 2.° che una restrizione al godimento o all'esercizio dei diritti non si presume, ma dev'essere provata, e che il principio sancito dall'art. 4, secondo il quale le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti, o formano eccezione alle regole generali, o ad altre leggi, non si estendano oltre i casi e i tempi in esse espressi, esclude nel modo più assoluto l'eccezione che si vuol fare al diritto di chi, sebbene vincolato da ordini religiosi, pure vuol contrarre matrimonio; 3.° che avendo il Codice civile escluso tutte le restrizioni, a danno dei religiosi dei due sessi, che prima si trova-

Digitized by Google

vano nei Codici aboliti (come sarebbero quelle relative all'adozione, al riconoscimento, alla legittimazione dei figli, alla tutela, alle successioni, ecc.), ciò prova il preposito deliberato del legislatore di non più fare distinzione alcuna per motivi d' indole puramente religiosa, ma di estendere a tutti i cittadini la regola della legge comune; 4.° che l'art. 1 del Codice civile, secondo il quale tutti i cittadini hanno il godimento dei diritti civili, non ammette per loro altra restrizione salvo quella che derivi da una condanna penale; 5.° che finalmente, l'art. 2 della legge sulla soppressione delle corporazioni ecclesiastiche sancisce con maggiore energia il principio stesso, dichiarando che i « membri de« gli ordini delle corporazioni e congregazioni religiose, « conservatorii e ritiri godranno del *pieno* esercizio « di *tutti* i diritti civili e politici » e fra i diritti civili uno dei più fondamentali è quello di contrarre matrimonio (legge 7 luglio 1866).

Tali sono i veri principii del diritto pubblico e privato sopra una questione tanto agitata, e che, almeno per l'Italia, si può ora considerare come risolta.

150. Il matrimonio del Re e della famiglia reale.

Digna vox est, dicevano le leggi romane, *majestate Regnantis legibus alligatum se principem profiteri* (L. 4, Cod. *de leg. et const, princ.*). Questo principio è accettato non solo negli Stati retti a monarchia costituzionale, ma altresì in molti di quelli in cui è in vigore la monarchia assoluta. Il Codice austriaco, per esempio, sottomette all'impero delle leggi ordinarie e ai pronunziati dell'autorità giudiziaria gli affari di diritto

Digitized by Google

che concernono il capo dello Stato, ma che si riferiscono alla sua proprietà privata o ai modi di acquisto fondati sul diritto civile (art. 20). Il vieto ed insolente adagio secondo il quale *princeps solutus est a legibus* non ha più valore che presso i Governi ordinati sul più puro dispotismo. Ed anche in quelli nondimeno si vede quasi generalmente applicata la seconda parte di quell'adagio medesimo, *sed tamen decet secundum leges vivere.*

La condizione del principe negli Stati retti a governo costituzionale si può distinguere in due parti; egli è, come sovrano, non una persona, ma un'istituzione e come tale non muore mai, non falla mai: egli è, inoltre, capo di famiglia e cittadino. Nella prima qualità è considerato come impersonale, vale a dire, che rappresenta a così dire la sintesi dei vari poteri; e non è senza esattezza anche di fatto che si dice di lui, sotto questo aspetto, la Corona: è realmente la corona dell'edificio politico dello Stato. L'irresponsabilità e l'inviolabilità sono la conseguenza di questo carattere impersonale del principe nel governo costituzionale.

Ma egli è altresì capo di famiglia e cittadino: *principe*, si sa, equivale a *primus inter pares:* egli è, in questa qualità, soggetto a tutte le leggi a cui obbediscono i cittadini, salvo che ne sia stato espressamente dispensato, o che si tratti di leggi che non possano riguardarlo, per impossibilità di applicazione, o che siano incompatibili col suo ufficio.

Presso di noi la regola è che il principe ubbidisce alla legge comune: e le sole eccezioni a questa regola le troviamo nello Statuto, il quale, all' art. 20 dichiara che il Re non è tenuto a seguire le leggi civili che limitano la quota disponibile de' suoi beni; e agli

Digitized by Google

articoli 69, 92 e 99 del Cod. civ. che contengono disposizioni speciali pel matrimonio del Re e delle persone della famiglia reale.

Secondo l'art. 69 non sono dunque applicabili al Re nè alla famiglia reale l'art. 55, i numeri 2 e 3 dell'art. 59 e dell'art. 67. Sebbene l'art. 55 fissi l'età del matrimonio a 18 anni per l'uomo e a 15 per la donna, il Re e le persone della famiglia reale possono contrarlo in età anche minore. Il matrimonio tra gli affini del medesimo grado, tra zio e nipote, tra zia e nipote, vietato per regola generale, è permesso al Re e alla famiglia reale. Mentre pei maschi che non hanno compiuto 25 anni e per le figlie che non hanno compiuto i 21 è necessario il consenso dei genitori, invece per la validità del matrimonio dei principi e delle principesse reali, anche maggiori, è necessario l'assenso del Re, quando anche egli non avesse che 18 anni compiuti. Non è applicabile nè al Re nè alla famiglia reale il disposto dell'art. 67 relativo al diritto di richiamo che è accordato ai figli o ai loro rappresentanti contro il rifiuto di consenso; per cui, ove il Re lo negasse ad un principe o ad una principessa reale, il suo rifiuto sarebbe definitivo, nè si potrebbe agire nel senso indicato dall' art. 67. Non si estendono nè al Re nè alla famiglia reale le disposizioni del Codice relativo alle formalità preliminari del matrimonio, nè quelle che concernono l' opposizione (art. 92). Finalmente, l' articolo 99 dispone che nei matrimoni del Re e della famiglia reale l'uffiziale dello stato civile è il presidente del Senato del Regno: lascia inoltre in facoltà del Re di determinare il luogo della celebrazione, la quale può essere fatta anche per procura.

Tali sono le norme sancite dal nostro Codice nel

Digitized by Google

matrimonio del Re e della famiglia reale: e si possono riassumere così: il Re è capo, non solo della sua famiglia propriamente detta, ma di tutte le persone appartenenti alla famiglia reale: quasi tutte le attribuzioni che, in fatto di matrimonio, concernono generalmente il padre, sono riferite al Sovrano. Eccetto però i casi espressamente indicati dal Codice, in tutto il resto le leggi sono pienamente obbligatorie tanto per lui come per ogni altro membro della famiglia reale.

Digitized by Google

LEZIONE XXIII.

DELLE FORMALITÀ PRELIMINARI DEL MATRIMONIO

151. Delle pubblicazioni in generale.

La celebrazione del matrimonio, così l'art. 70. dev'essere preceduta da due pubblicazioni da farsi per cura dell'ufficiale dello stato civile.

La celebrazione di un matrimonio abbraccia molti e diversi interessi, sia d'ordine morale, sia d'ordine civile, sia finalmente d'ordine economico. Importa alla famiglia degli sposi che si conosca un fatto che li concerne così da vicino, e che non si possa compiere a loro insaputa. Importa alla morale pubblica e privata che non abbiano luogo matrimonii incestuosi o contrari alle leggi naturali della società domestica. Importa alla società che la costituzione di una nuova famiglia sia constatata in modo solenne. Importa ai terzi che il cambiamento di stato di due persone, cambiamento che può recare qualche influenza sui loro interessi o sui loro diritti, non abbia luogo segretamente: infatti, il matrimonio conferisce alla moglie l'ipoteca sui beni del marito per la dote e

Digitized by Google

per i lucri dotali (art. 1969): la colpisce d'incapacità a contrattare senza l'antorizzazione del marito (articolo 134): proibisce ai due congiunti di contrattare un secondo matrimonio, finchè il primo non sia sciolto (art. 56): e non è chi non veda quanto interessi ai terzi conoscere un fatto che può aver effetti così serii a loro riguardo.

Importa finalmente agli sposi stessi e alla loro dignità che l'unione che contraggono e la convivenza che ne è il resultato abbiano la sanzione morale e legale della pubblicità. Sarebbe inoltre cosa perfettamente inutile che il legislatore avesse riconosciuto ai parenti, ai tutori e ad altri interessati il diritto di fare opposizione ad un matrimonio, se non avesse provveduto al modo di farlo giungere a loro cognizione.

Lo scopo principale delle pubblicazioni è adunque di avvertire a tempo le persone, che sappiano esistere qualche impedimento al matrimonio annunciato, di farle conoscere all'ufficiale dello stato civile, sia officiosamente, sia mediante un'opposizione formale, ove si trovino in una delle condizioni determinate dalla legge.

152. Delle condizioni necessarie per la richiesta delle pubblicazioni.

La legge affida all'ufficiale dello stato civile l'incarico di procedere alle pubblicazioni (art. 70). Ma è necessario che egli ne sia regolarmente richiesto o da ambidue gli sposi personalmente, o dal padre, o dal tutore, o da persona munita da essi di mandato speciale ed autentico. La richiesta però è nulla se è fatta da una sola delle parti. La pubblicazione, difatti,

Digitized by Google

gli interessa tutti e due: e non dev'essere lecito ad uno di disporre del nome di un altro, senza positivo consenso.

Quando gli sposi non facciano personalmente la richiesta, le persone incaricate di farla devono avere una procura speciale ed autentica, la quale precisi il mandato ricevuto, lo scopo di esso, il nome del mandante, quello della persona con cui intende contrarre matrimonio (art. 70).

V'è un caso in cui uno degli sposi può procedere di per sè alla domanda delle pubblicazioni anche senza incarico espresso dell'altro; ed è quando vi sia una promessa di matrimonio in suo favore, in conformità dell'art. 54, cioè, fatta per atto pubblico o per iscrittura privata (art. 73). Se però la richiesta è fatta da un solo degli sposi o da persona che lo rappresenti, in esecuzione di una promessa fatta in semplice scrittura privata, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla pubblicazione se le firme dei contraenti e di coloro che v'intervennero per dare il loro consenso non sono autenticate dal sindaco del luogo in cui la promessa fu fatta, o dal notaro (Decreto sull'Ordin. dello stato civile art. 66).

Le parti che domandano le pubblicazioni devono fornire all'ufficiale dello stato civile tutte le indicazioni di cui ha bisogno per poterle fare. L'art. 67 del sopracitato decreto sull'Ordinamento dello stato civile esige che chi richiede le pubblicazioni dichiari: il nome, il cognome, la professione ed il luogo di nascita degli sposi: il luogo di loro residenza nell'ultimo anno: il nome, cognome, la professione e la residenza dei loro genitori: se gli sposi abbiano ascendenti, o padre adottivo, ovvero, se sia richie-

sto il consenso del consiglio di famiglia o di tutela: se tra gli sposi esista un qualche impedimento di parentela e di affinità: se gli sposi abbiano già contratto un matrimonio precedente e se niuno degli sposi si trovi nelle condizioni accennate dagli articoli 61 e 62 del Codice civile. Le dichiarazioni fatte da chi richiede le pubblicazioni devono essere confermate con giuramento davanti all'ufficiale dello stato civile dai due testimoni che firmano l'atto di richiesta.

Chi richiede le pubblicazioni deve inoltre presentare gli atti di nascita degli sposi e tutti quegli altri documenti che per le fatte dichiarazioni sono necessarii, affinchè possano unirsi in matrimonio (Ordin. stat. civ. 68). L'ufficiale dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni se non gli consta del consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso è necessario (Cod. civ. art. 74). Con queste disposizioni è troncata la controversia vigente in Francia, se, cioè, l'ufficiale dello stato civile debba contentarsi, per fare le pubblicazioni, di semplici note e schiarimenti, o se debba esigere i documenti. Mentre gli uni (Coin-Delisle, Richelot, Demolombe) credono che, per regola e quando non tratti di minori, le note bastino, altri invece (Delvincourt, Zachariae, Dalloz) sono di avviso che, come dispongono le nostre leggi, si debbano presentare i documenti: ed è questo il sistema adottato in Francia.

Ecco ora le regole principali determinate dal Decreto sull'Ordinamento dello stato civile, per procedere alla richiesta delle pubblicazioni:

Se lo sposo è in attività di servizio militare, o nel novero di coloro che sono assimilati ai militari

Digitized by Google

giusta l'art. 9 del regolamento di disciplina militare, approvato col decreto del 30 ottobre 1859, deve presentare il permesso del Re o del ministro della guerra, in conformità dell'art. 53 del regolamento suddetto (art. 69).

Se gli sposi abbisognano del consenso di qualche ascendente, del padre adottivo o del consiglio di famiglia o di tutela, devono far constare la prestazione del consenso nel modo indicato dall'art. 81 del Cod. civ. o presentare copia del provvedimento di cui all'art. 67 del Codice stesso, o provare l'impossibilità in cui è l'ascendente di manifestare la sua volontà. Questa impossibilità si prova: 1.° colla produzione dei relativi documenti, quando essa consti già in modo legale, come nell'assenza dichiarata, nella interdizione pronunciata e in casi simili; 2.° colla produzione di un atto di notorietà, redatto nelle forme indicate dall'art. 80 del Codice civile, quando l'impossibilità non consti ancora altrimenti, come nei casi di assenza presunta, di malattia mentale ed in casi simili (art. 70). Gli impedimenti di parentela o di affinità vengono esclusi colla presentazione d'una copia del decreto di dispensa (art. 71). Se uno degli sposi ha già contratto un precedente matrimonio, deve provare la presente sua libertà di stato colla produzione dell'estratto di morte del precedente coniuge o di copia della sentenza di annullamento. Ove si tratti di una vedova, l'ufficiale dello stato civile deve specialmente avvertire che siano decorsi dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente, a norma dell'art. 57 del Codice civile (art. 72). La richiesta delle pubblicazioni che si faccia da un sordomuto, che sappia leggere e scrivere, dev'essere presentata in iscritto.

Digitized by Google

Se il sordomuto non sa scrivere, l'ufficiale dello stato civile chiama un interprete fra i parenti del medesimo o fra le persone che gli sono più famigliari, e fattolo giurare di tradurre fedelmente i segni, riceve la richiesta (art. 76).

Si è trattato fin qui del caso più generale, quando, cioè, la richiesta delle pubblicazioni procede regolarmente ed è regolarmente accettata. Ma può avvenire che, o non si producano i documenti necessari, o non siano tali da adempire tutte le condizioni, o risulti all'ufficiale dello stato civile che esista un impedimento non dichiarato dalle parti. Ove ciò avvenga, qual è il debito suo? L'art. 75 s' esprime formalmente: egli deve rifiutarsi: la responsabilità che la legge fa pesare su di lui è troppo grave perchè egli non abbia il dovere e il potere di rifiutare l'opera sua nei casi in cui si corra rischio di contraddire al disposto della legge medesima.

È da osservare a questo proposito che, mentre per gli atti di nascita e di morte, è permesso al Sindaco di delegare le sue funzioni anche al segretario comunale, questa facoltà gli è negata per gli atti relativi al matrimonio (Decr. sull'Ord. dello stato civile, art. 1): per questo atto non può essere rappresentato che da un assessore o da un consigliere comunale. Con ciò si è voluta significare la maggiore importanza del contratto di matrimonio e, per conseguenza, la maggiore responsabilità che pesa sull'ufficiale dello stato civile.

Egli, dunque, può rifiutare di dar opera alle pubblicazioni; ma nol può che pei motivi e nei casi determinati dalle leggi. Ed è per limitare il suo potere che l'art. 75 del Codice civile lo obbliga, in caso di

Digitized by Google

rifiuto, a rilasciare agli interessati un certificato che ne contenga i motivi. Se il richiedente crede che il rifiuto sia ingiusto e i motivi allegati privi di fondamento, ha facoltà di ricorrere al tribunale civile, il quale provvede in camera di consiglio, premesse le conclusioni scritte del Pubblico Ministero (Cod. civile art. 75 — Cod. di proc. civ. art. 798).

153. Come e dove si eseguiscono le pubblicazioni.

Ricevuto il processo di richiesta delle pubblicazioni, l'ufficiale dello stato civile ne stende l'atto, il quale deve contenere il nome, il cognome, la professione, il luogo di nascita, la residenza degli sposi; se esse siano maggiori o minori di età, il nome, il cognome, la professione e la residenza dei genitori (art. 70). Giova notare, circa l'età, che l'art. 70 non esige punto che nelle pubblicazioni sia enunciata in modo preciso, ma vuole che s'indichi solamente se gli sposi sono minori o maggiori. Forse gli è, come osserva il Demolombe (*du Mariage*, 185), per chiamare più direttamente l'attenzione su questa circostanza della minorità, che può suscitare opposizioni. Forse anche è, credo io, per non dar luogo a commenti poco benevoli, ogni volta che fra l'età degli sposi esista una di quelle sproporzioni mostruose che sono l'onta di molti matrimonii. Il Demolombe aggiunge, e il buon senso consiglia, che l'ufficiale dello stato civile non aggiunga nelle pubblicazioni nulla d'inutile, ed eviti con cura ogni enunciazione che possa riuscire spiacevole, come sarebbero quelle di figlio naturale, riconosciuto, o nato da genitori ignoti; a meno, s'intende,

Digitized by Google

che certe qualificazioni siano necessarie per fare ben conoscere i futuri sposi.

L'atto di pubblicazione dev'essere scritto con carattere chiaro e distinto: oltre alle circostanze indicate dall'art. 70, deve enunciare in principio se sta la prima o la seconda pubblicazione, ovvero se sia l'unica per dispensa ottenuta, e davanti a quale ufficiale dello stato civile sarà celebrato il matrimonio (Decreto sull'Ord. dello stato civ., art. 84).

Ma se avvenga che nell'intervallo fra una e l'altra pubblicazione venga a formarsi un'opposizione al matrimonio annunciato, si dovrà allora sospendere la seconda pubblicazione? Evidentemente, no. L'art. 90 dispone bensì che l'opposizione fatta da chi ne ha la facoltà, per causa ammessa dalla legge, sospende la celebrazione del matrimonio, sino a sentenza passata in giudicato, per la quale l'opposizione sia rimossa. Ma nessun testo di legge proibisce che si continuino le pubblicazioni; d'altra parte, se la seconda pubblicazione non potesse aver luogo che dopo rimossa l'opposizione, sarebbe mestieri di ricominciarle ambedue, poichè la legge vuole (art. 72) che abbiano luogo in due domeniche successive, che restino affisse pell'intervallo fra l'una e l'altra domenica, e per tre giorni successivi (Demolombe, 183 — Coin Delisle, sull'articolo 64 del C. civ. fr. — Dalloz, *Mariage*, 336).

Le pubblicazioni, così l'art. 71, devono essere fatte nel Comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza. Se la residenza attuale duri da meno di un anno, le pubblicazioni devono pur farsi nel Comune della residenza precedente. La nostra legge, nel riferirsi quanto alle pubblicazioni, al Comune o ai Comuni della residenza, ha messo termine alle contro-

Digitized by Google

versie a cui davano luogo alcuni dei Codici già vigenti, i quali, sul modello del francese, adoperavano la parola domicilio.

Può accadere che, come prevede il secondo alinea dell' art. 71, la residenza attuale duri meno di nn anno. In questo caso, le pubblicazioni si devono pur fare nel Comune della residenza precedente. A quest' oggetto, l' ufficiale dello stato civile del Comune in cui ha luogo l' attuale residenza rivolge all' ufficiale di quel Comune la richiesta di procedere alla prima e seconda pubblicazione, ovvero all' unica pubblicazione dell'atto che gli trascrive per intero. Questa richiesta viene consegnata alla parte instante, la quale è incaricata di provvedere alla sua esecuzione. L' ufficiale richiesto deve trascrivere per intero nel registro delle pubblicazioni l' istanza fattagli, e dispone tosto per l'esecuzione delle pubblicazioni, nel modo indicato dall'art. 83 del decreto sull' Ordinamento dello stato civile (art. 85 del decreto stesso).

Ogni Comune è obbligato a tenere presso alla porta comunale uno spazio destinato ad uso esclusivo delle pubblicazioni di matrimonio: su questo spazio dev'essere scritta, in carattere grande, l'indicazione: — *pubblicazioni di matrimonio*. Il Comune deve inoltre disporre che gli atti di pubblicazione, sebbene esposti al pubblico, vi rimangano affissi senza pericolo di essere dispersi, o in altro modo guasti (Decreto sopracitato, art. 86). Mal si raggiungerebbe infatti lo scopo delle pubblicazioni, se non fosse assicurata officialmente la loro regolare esecuzione. A questo fine provvede assai bene nelle città la stampa periodica, riproducendo regolarmente gli atti dello stato civile, e specialmente le pubblicazioni e le celebrazioni dei matrimonii.

Digitized by Google

È imposto all'ufficiale dello stato civile l'obbligo di stendere sopra il registro delle pubblicazioni distinto processo verbale di ciascuna affissione, e d'indicarvi se la prima pubblicazione sia stata continuamente affissa nell'intervallo decorso fino alla seconda, e se la seconda, ovvero, in caso di dispensa, l'unica pubblicazione sia stata affissa per tre giorni successivi. Il certificato delle eseguite pubblicazioni da lasciarsi alla parte deve esprimere che l'atto vi rimase affisso per tutto il tempo stabilito dalla legge (Decreto sopracitato, art. 87).

Il matrimonio, dispone l'art. 76 del Cod. civ., non può essere celebrato prima del quarto giorno dall'ultima pubblicazione. Trascorsi i tre giorni, gli sposi possono presentarsi davanti all'ufficiale dello stato civile cui fecero la richiesta delle pubblicazioni, per essere uniti in matrimonio. Ove però si fossero dovute fare le pubblicazioni anche in altri Comuni, gli sposi sono obbligati a consegnare all'ufficiale i relativi certificati di seguita pubblicazione. Fra gli altri allegati all'atto di matrimonio, l'ufficiale che lo celebra inserisce pure un certificato comprovante le seguite pubblicazioni nel suo Comune e la niuna opposizione a lui notificata (Decr. sopracit., art. 89). Appena è necessario notare che l'intervallo dei tre giorni intieri fra l'ultima pubblicazione e la celebrazione del matrimonio ha per oggetto di dare a chi avesse da opporsi il tempo di poterlo fare.

L'art. 77 del Cod. civ. porta che « le pubblicazioni si considerano come non avvenute, se il matrimonio non è celebrato nel termine dei 180 giorni successivi ». Secondo i principii del diritto canonico, ove il matrimonio non fosse celebrato entro i due mesi dopo l'ul-

tima delle denunzie, era mestieri ripeterle una o due volte, secondo che lo giudicasse il superiore ecclesiastico; tale è la decisione del Concilio di Trento. La legge civile ha non solo esteso, ma completato gli effetti di questo ritardo sulla presunzione che dopo tanto tempo, si doveva considerare il progetto di matrimonio come abbandonato, e che, per conseguenza, era inutile di farvi più oltre opposizione. D'altra parte, nuovi impedimenti hanno potuto nascere, da mutare la condizione rispettiva degli sposi. Bisognerà dunque ricominciar da capo tutta la procedura relativa alle formalità preliminari per la celebrazione del matrimonio, come se nulla si fosse fatto.

La regola generale è, come abbiamo veduto, che le pubblicazioni siano in numero di due: ma questa regola non è assoluta. L'art. 78, infatti, dispone che il Re o le autorità a ciò delegate possono per gravi motivi dispensare da una delle pubblicazioni. In questo caso dev'essere fatta menzione della dispensa nell'unica pubblicazione.

154. Della dispensa dalle pubblicazioni.

La dispensa da un atto al cui adempimento sono legati tanti interessi pubblici e privati non può essere accordata se non per gravi motivi. Quali possano essere questi motivi la legge nol dice: essa se ne riferisce intieramente su questo punto all'apprezzamento del magistrato a cui la domanda deve essere diretta. Gli autori indicano i casi più ordinari: come sarebbero, un viaggio di somma premura (Locré, *Legisl. civ.* tom. 4, pag. 344 — Zachariæ, tom. 2, 452): una gravidanza tanto inoltrata da far temere che il parto preceda il

Digitized by Google

matrimonio, il che quindi il bambino, invece di nascere legittimo, abbia bisogno di essere legittimato (Pothier, *Contrat de Mar iage*, 78); una malattia che tenga una delle due parti in pericolo di morte (Mourlon, I, 572): e simili.

Il decreto sull'Ordinamento dello stato civile contiene le regole da seguirsi per ottenere la dispensa di una pubblicazione. Secondo l'art. 78 questa dispensa può essere concessa « dal Re o dalle autorità a ciò delegate ». Ma non è significato quali siano. È certo, nondimeno, che quando si rifletta ai motivi pei quali abitualmente si domanda una dispensa, se la facoltà di concederla spettasse esclusivamente al capo dello Stato, sarebbe senza oggetto: vi sarebbe voluto più tempo per domandare la dispensa e ottenerla che per procedere addirittura alla seconda pubblicazione. Di qui la necessità della delegazione del potere di accordarla agli ufficiali dell'autorità giudiziaria, o più particolarmente, a quelli del Pubblico Ministero.

Infatti, secondo l'art. 82 del decreto sull'Ordinamento dello stato civile, è disposto che il procuratore del Re presso il tribunale, nella cui giurisdizione si trova l'ufficio nel quale dev'essere celebrato il matrimonio, è delegato a concedere per gravi motivi la dispensa da una delle pubblicazioni. In questo caso però, come vuole l'art. 78 del Codice civile, nell'unica pubblicazione che si fa bisogna far menzione della ottenuta dispensa.

Lo stesso articolo dispone che può anche essere concessa, per cause gravissime, la dispensa da ambedue le pubblicazioni: ma per ciò si richiedono condizioni più serie, e l'autorità che la concede non è più la stessa. Per ottenerla, è mestieri presentare un atto di noto-

rietà col quale cinque persone, ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento, davanti al Pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli, indicando esattamente il nome, il cognome, la professione e la residenza dei medesimi, e dei loro genitori, e di poter assicurare sulla loro coscienza che non esiste alcuno degli impedimenti stabiliti dagli articoli 56 (esistenza di un primo matrimonio), 57 (che dieci mesi siano decorsi dallo scioglimento del matrimonio precedente per la donna vedova), 58, 59, 60 (impedimenti risultanti dalla parentela, dall'affinità e dall'adozione) 61 (che nessuno degli sposi sia interdetto per infermità mentale), 62 (condanna in giudizio criminale di uno degli sposi per reato criminoso contro uno degli sposi).

Il Pretore deve far precedere all'atto di notorietà la lettura degli articoli sopra indicati, ed una seria ammonizione ai dichiaranti sulla importanza della loro attestazione, e sulla gravità delle conseguenze che ne possono derivare.

La dispensa delle due pubblicazioni è un atto gravissimo, a cui, come la legge dispone, non si può ricórrere che per cause gravissime. Le misure prese per evitarne i pericoli offrono esse una guarentigia sufficiente? Il relatore del Senato crede di sì. E certo, l'atto di notarietà e le altre formalità richieste sono abbastanza serie da equivalere alla pubblicazione. Un'altra guarentigia la dà l'art. 82 del Decreto sull'ordinamento dello stato civile, secondo il quale il solo ministro di grazia e giustizia ha facoltà di concedere la dispensa delle due pubblicazioni. Questa sola circostanza rende rari i pericoli temuti, perchè se dall'estrema Sicilia alcuno volesse chiedere, per cause gravi ed ur-

Digitized by Google

genti, una dispensa, basterà che rifletta al tempo che ci vuole per raccogliere i documenti, trasmetterli al procuratore del Re, incaricato di formolare il suo parere, e di spedirlo insieme ai documenti alla capitale, dove risiede il ministro di grazia e giustizia, basterà, dico, riflettere a tutto questo complicato procedimento per decidersi a scegliere la via più retta e più breve, facendo, non una, ma due o tre pubblicazioni, se occorre.

155. Della consegna dei documenti.

Gli sposi, così l'art. 79 del Codice civile, debbono presentare all'uffizio dello stato civile del Comune in cui intendono celebrare il matrimonio: 1.° gli estratti dei loro atti di nascita; 2.° gli atti di morte o le sentenze che provino lo scioglimento o la nullità dei precedenti loro matrimonii; 3.° gli atti comprovanti il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia, o di tutela, nei casi in cui è dalla legge richiesto: 4.° il certificato delle seguite pubblicazioni o il decreto di dispensa: 5.° tutti gli altri documenti che nella varietà dei casi possono essere necessari a giustificare la libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia.

I documenti di cui parla l'art. 79 sono quelli stessi che si dovevano già consegnare all'ufficiale dello stato civile, per incaricarlo di fare le pubblicazioni: non v'è di aggiunto che i certificati delle pubblicazioni stesse o il decreto di dispensa.

Può accadere che, per la perdita dei registri dello stato civile, o per altra causa, uno degli sposi fosse nella impossibilità di presentare l'atto della sua

Digitized by Google

nascita: in questo caso l'art. 80 dispone che vi si possa supplire con un atto di notorietà formato dinanzi al pretore del luogo della sua nascita o del suo domicilio. Questo atto deve contenere la dichiarazione giurata di cinque testimonii dell'uno o dell'altro sesso, ancorchè parenti della sposa, in cui con tutta esattezza e precisione essi indicano il nome e cognome, la professione e residenza dello sposo e de' suoi genitori, se conosciuti, il luogo e, per quanto sarà possibile, il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre l'atto corrispondente e le cause di scienza di ciascun testimonio.

Quando i futuri sposi abbiano mestieri del consenso dei loro ascendenti, e che questo non sia dato personalmente, dinanzi all'ufficiale dello stato civile, l'art. 81 richiede un atto autentico che lo constati, e che contenga la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro. L'atto deve esprimere parimente il nome, il cognome, la professione o residenza, e il grado di parentela delle persone che danno il consenso. Che se poi gli ascendenti fossero morti, o nell'impossibilità di dare la loro volontà, i futuri sposi devono addurre la prova dell'uno e dell'altro di questi due fatti.

Il consenso poi del consiglio di famiglia o di tutela deve constare da una deliberazione che contenga le deliberazioni anzidette.

Ove fossero state fatte opposizioni al matrimonio, occorre presentare il documento da cui risulti che furono ritirate, o la sentenza, passata in giudicato, colla quale l'opposizione sia stata rimossa.

Ma chi è giudice della validità o della sufficienza dei documenti presentati? È, evidentemente, l'ufficio

Digitized by Google

dello stato civile. Nel seno della Commissione coordinatrice fu sollevata la quistione, che si agita tuttora in Francia, se non fosse conveniente deferire questo esame all' autorità giudiziaria, potendo avvenire che, specialmente nei piccoli Comuni, l' ufficiale dello stato civile sia persona poco colta e, assai spesso, non in grado da giudicare con competenza se un documento sia valido o no.

Questa proposizione venne però rispinta, per la ragione che l' ufficiale dello stato civile essendo responsabile de'suoi atti, ed anche sottoposto ad una pena — a termini degli articoli 123 e seguenti, — in caso di tragressione della legge, nel solo dubbio si rifiuterà di celebrare il matrimoio: e quando si tratti di rifiuti, allora sottentra la disposizione dell'art. 28 del Codice e quindi l'intervento del tribunale.

È utile finalmente osservare, che i documenti indicati dall'ultimo capoverso dell' art. 79 non sono già destinati a supplire quelli indicati nei numeri precedenti, e la cui enumerazione è tassativa, ma hanno unicamente per iscopo di corroborare e completare in qualche modo i primi nei casi in cui questi si trovino per avventura insufficienti a giustificare la libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia (*Processi verbali della Commissione di coordinazione*, n. 7).

LEZIONE XXIV.

DELLE OPPOSIZIONI AL MATRIMONIO

156. Delle opposizioni in generale.

Ma cos'è l'opposizione? Chi ha diritto di farla? E per quali cause? E quali ne sono gli effetti?

Lo scopo che si propone la legge nell'esigere le pubblicazioni è, come abbiamo detto, di far conoscere il matrimonio progettato a chi si credesse in diritto e in dovere di opporvisi. A che servirebbero tante condizioni e formalità relative alla celebrazione del matrimonio, se nessuno avesse azione per impedire che siano eluse o violate? Il diritto di opposizione è dunque di rigorosa necessità. « È assai meglio prevenire il male che doverlo poi riparare, diceva Portalis nella sua esposizione dei motivi della legge sul matrimonio; ma questo diritto, aggiungeva egli, non deve degenerare in azione popolare: esso dev'essere limitato a certe persone ed a certi casi, se non si vuole che ogni matrimonio divenga un'occasione di scandali e di torbidi nella società ».

Digitized by Google

L'opposizione, adunque, è un diritto non meno che un dovere il cui fondamento è nell'interesse non meno pubblico che privato; e consiste nell'atto col quale alcune persone, che hanno le qualità richieste dalla legge, intimano, per mezzo d'usciere, a un ufficiale dello stato civile di non celebrare un matrimonio, sotto pena d'incorrere nelle sanzioni minacciate dalla legge.

Vi sono due specie d'opposizione, l'una legale, che è l'ordinaria, quella di cui parla in modo più speciale la legge, quella che viene dalla richiesta di una persona che può farla, e nelle forme e pei motivi determinati dalla legge: l'altra, ufficiosa, formata da una persona a cui la legge non ha attribuita questa facoltà, o che la possiede realmente ma che fa opposizione per uno dei motivi non preveduti, o fuori delle forme che la legge ha prescritte.

Esaminerò ora successivamente: — Quali sono le persone che possono fare opposizione e per quali motivi: — le formalità da eseguire per fare opposizione: — come si può ottenere che l'opposizione sia rimossa ed in qual termine il tribunale deve pronunciare: — finalmente in quali casi gli opponenti possono essere condannati al risarcimento dei danni.

157. Quali persone e per quali motivi possono fare opposizione.

1.° *Opposizione degli ascendenti* — Gli ascendenti sono i primi a cui la legge riconosce la facoltà di opporsi ad un matrimonio dei discendenti « Il padre, la madre, e, in mancanza di amendue, gli avi e le avole possono fare opposizione al matrimonio dei figli

Digitized by Google

e discendenti, per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del medesimo, quando anche i figli e i discendenti maschi abbiano già compiuti gli anni venticinque e le femmine gli anni ventuno (art. 82) ».

In questo articolo sono significati per ordine i rispettivi diritti dei genitori e degli avi di far valere gli impedimenti legali che esistessero contro il matrimonio dei discendenti. Ma fra il nostro art. 82 e il corrispondente art. 173 del Codice Napoleone e di molti altri Codici v'è una differenza notevolissima, che importa di mettere subito in luce.

Secondo il Codice francese, l'opposizione delle persone che hanno diritto di consentire al matrimonio è perentoria ogni volta che si tratti di un impedimento legale, come la mancanza di età, l'alleanza o l'affinità ad un grado proibito, ecc. Ma non dice quali siano gli effetti della loro opposizione, quando sia fondata sui motivi, più o meno gravi, che però non costituiscono un impedimento legale. Questo silenzio della legge francese ha dato luogo a molte controversie, le quali ora, col testo dell'art. 82, sono state fra noi felicemente risolte.

La qualità di ascendente non dispensa più dall'obbligo di fondare l'opposizione che si voglia fare « su cause ammesse dalle leggi che ostino alla celebrazione del medesimo ». È chiuso così ogni campo all'arbitrio. È già molto che i genitori siano investiti dalla facoltà eccezionale di dare o rifiutare il loro consenso al matrimonio del figlio sino all'età di 25 anni: ma passata questa età, non v'è motivo alcuno perchè la legge continui a sottrarre il figlio stesso, per quasi dire, alle guarentigie del diritto comune.

Digitized by Google

Il Buniva non approva il disposto dell'art. 82: egli crede colla Corte di Casale, che l'opposizione degli ascendenti si sarebbe dovuto ammettere, anche quando a giudizio del tribunale, abbia per oggetto di prevenzione un grave ed evidente pregiudizio morale o materiale alla famiglia o alla persona del discendente. Io dissento questa volta dal dotto giurisconsulto torinese, perchè l'esperienza prova come ogni arbitrio soverchio lasciato al Giudice in quistioni così dilicate apre quasi sempre il varco alle più deplorabili conseguenze.

Il sistema propugnato dal Buniva trovò nella Commissione della Camera e nel seno della Commissione di coordinazione dei validi sostenitori: ma non giungono a farlo accettare.

Nella relazione Pisanelli è accennato come da taluni gli fosse proposto di accordare ai genitori il diritto di fare opposizione al matrimonio dei figli appoggiandosi sulla mancanza di mezzi pecuniarii. Ma parve opportuno di escludere questo potere, che spesso avrebbe potuto essere abusato, e sempre sarebbe stato di applicazione incerta e pericolosa.

Troviamo nei processi verbali della Commissione coordinatrice che venne fatta altresì la proposta di dare ai genitori il diritto di opporsi al matrimonio dei figli, ogni qual volta questo potesse recare grandissimo danno materiale e morale alla famiglia. Ma la proposta venne giudicata inammissibile, perchè limiterebbe troppo la libertà dei matrimoni, e sarebbe occasione di frequenti e continui litigi fra padre e figli e di disgustosi dissidii fra loro, e contraddirebbe a tutto il sistema liberale del Codice, secondo il quale i matrimonii non possono essere impediti, salvo per

Digitized by Google

quelle sole cause che dal Codice stesso sono formalmente previste e tassativamente indicate.

2.° *Opposizione dei collaterali* — Quando non vi sia nessun ascendente, il diritto di fare opposizione può essere esercitato dai collaterali; però l'art. 83 non solo determina tassativamente quali sono i collaterali a cui questo diritto è riconosciuto, ma restringe altresì i casi nei quali possono farla. La ragione è che l'opposizione dei collaterali eccita in generale la diffidenza. Non perciò la legge volle privarli di una facoltà che ridonda, in sostanza, a benefizio di tutti.

I collaterali che possono opporsi al matrimonio di un parente sono: 1.° il fratello; 2.° la sorella; 3.° lo zio; 4.° la zia; 5.° i cugini germani: beninteso che debbono essere maggiori di età. I motivi su cui la loro opposizione può essere fondata si ristringono a due: 1.° per mancanza del consenso richiesto dall'art. 65; 2.° per l'infermità di mente di uno degli sposi. Quest'ultimo motivo d'opposizione implica l'obbligo per l'opponente o, di addurre la prova della interdizione del futuro sposo, o di promuoverla e di ottenere una sentenza nel termine che sia fissato dal giudizio relativo all'opposizione.

I collaterali opponenti, dice l'art. 82, devono essere maggiori di età: ma quando sono minori, e che quindi non possono esercitare essi stessi il loro diritto, può esercitarlo il loro tutore? Sebbene Merlin (*Rep. Oppos. au Mariage*) risponda affermativamente, io credo col Demolombe (*Mariage*, 143) che il minore non può opporsi, nè lo può in suo nome il tutore; il testo dell'art. 83 è formale.

3.° *Opposizione del tutore e del curatore.* — Per le cause già indicate — cioè, mancanza del consenso ri-

Digitized by Google

chiesto dall'art. 65, e infermità di mente di uno degli sposi — possono anche fare opposizione il tutore o il curatore a ciò autorizzati dal consiglio di famiglia: il tutore, se il futuro sposo è ancora minore: il curatore, se lo sposo è minore emancipato. Ma nè l'uno nè l'altro possono fare l'opposizione, se il consiglio di famiglia non ha dato loro l'autorizzazione necessaria.

È sorta la quistione se quando il futuro sposo è maggiore e interdetto, il tutore possa di propria autorità, e senza autorizzazione del consiglio di famiglia, fare opposizione. Duranton insegna l'affermativa. Egli si fonda sul fatto che, realmente, l'art. 175 del Codice Napoleone (conforme all'art. 84 del nostro) non dispone che pei casi di minorità. Ma Marcadè (sull'art. 175, n.° 2), Demolombe (*du Mariage*, 148) e Dalloz (V.° *Mariage*, 283) sono concordi nel dire che la legge, in ciò che concerne il matrimonio, non conferisce al tutore dell'interdetto alcun potere eccezionale.

Il figlio naturale è, come il figlio legittimo, soggetto al disposto dell' art. 84. Supponiamo che un figlio naturale che abbia compiuto 18 anni, se maschio, 15 se femmina, voglia contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di tutela; il suo tutore potrà fare opposizione, ma soltanto coll'autorizzazione del consiglio di tutela: lo stesso avverrebbe, in caso di demenza: tale è l'opinione di Demolombe, 149, e di Dalloz, 284. Ma Delvincourt (Tom. 1, pag. 62) sostiene, a torto, secondo me, che il tutore di un figlio naturale non ha bisogno di autorizzazione per opporsi al matrimonio, nei casi indicati dal nostro art. 83.

4.° *Conjuge d'uno dei contraenti.* — « Il diritto di fare opposizione compete altresì al conjuge della persona che vuole contrarre un altro matrimonio (arti-

Digitized by Google

colo 85) ». Se v'è chi abbia diritto di opporsi ad un matrimonio progettato, quegli è sicuramente il conjuge di uno dei futuri contraenti. « Non può contrarre altre nozze, dice l'art. 56, chi è vincolato da un matrimonio precedente ». Questo divieto sarebbe illusorio se colui il cui conjuge vuole passare ad altre nozze, non avesse facoltà di difendere il suo diritto. Ma è necessario che il matrimonio sia effettivo; una semplice promessa di future nozze, anche per iscritto, non darebbe alcun motivo legale di opposizione: gli articoli 53 e 54 sono formali; essi estendono gli effetti della promessa violata unicamente al risarcimento delle spese fatte, e in alcuni casi, a quello dei danni. In diritto canonico avviene altrimenti: gli sponsali formano uno degli impedimenti proibenti altro matrimonio: e oggi ancora può avvenire che un matrimonio validamente contratto dinanzi all'ufficiale dello stato civile sia nullo dinanzi alla chiesa. Ma ciò riguarda unicamente la coscienza dei contraenti.

Ma può avvenire che si alleghi la nullità del matrimonio di cui si prevale un conjuge per opporsi alle seconde nozze dell'altro: in questo caso bisogna prima far pronunciare la nullità, ma l'ufficiale dello stato civile è obbligato a soprassedere.

Per giustificare l'opposizione fondata sull'art. 85 non basta neppure la prova del possesso di stato: è mestieri che chi si afferma conjuge accompagni la sua opposizione con l'atto di celebrazione del matrimonio anteriore.

Un matrimonio contratto solo religiosamente (s'intende, dopo l'attuazione del nuovo Codice) non è punto un ostacolo ad un matrimonio civile, quando pure fosse stato contratto in buona fede da una delle parti: per

Digitized by Google

cui chi si considera come conjuge in faccia alla chiesa, non essendolo menomamente in faccia alla legge, la sua opposizione non è accettabile.

5.° *Opposizione fondata sulla contravvenzione della donna vedova al disposto dell'art.* 87. — La legge, stabilendo che la donna non passasse a seconde nozze, prima che fossero decorsi dieci mesi dallo scioglimento del primo, non ha fatto a questo divieto che due eccezioni; la prima, quando la donna abbia partorito prima che i dieci mesi siano trascorsi: la seconda, quando il matrimonio sia stato annullato pel caso espresso dall'art. 107, cioè, per l'impotenza manifesia e perpetua del marito, purchè questa sia anteriore al matrimonio (art. 57). Conseguenza naturale di questo divieto della legge era l'instituzione di un impedimento legale, dedotto dall'inadempimento del divieto medesimo. A ciò provvede l'art. 86 concepito nei termini seguenti: « trattandosi del matrimonio della vedova, in contravvenzione coll'art. 54, il diritto di fare, opposizione spetta ai prossimi di lei ascendenti, e a tutti i parenti del primo marito Nel caso di un precedente matrimonio annullato, il diritto di fare opposizione spetta pure a colui col quale il matrimonio aveva avuto luogo ».

La legge indica in primo luogo i prossimi ascendenti della donna, come quelli che, per ragioni di affetto e di domestica dignità, devono guidarla e impedire un atto non meno sconveniente per se stesso che biasimevole sotto l'aspetto degli interessi che può offendere. Vengono in secondo luogo tutti i parenti del primo marito: ognuno vede quanto sia evidente il loro diritto di agire, onde evitare le incertezze sulla paternità dei figli che possano nascere, e le usurpa-

Digitized by Google

zioni possibili dei propri diritti. Quanto al caso in cui un primo matrimonio abbia già avuto luogo, e sia stato annullato, si comprende agevolmente come le stesse ragioni che valgono pel caso di vedovanza conservino tutta la loro forza nel caso di annullamento: per cui se anche l'art. 86 non avesse riconosciuto il diritto di fare opposizione anche a colui col quale il primo matrimonio aveva avuto luogo, l'esercizio di questo diritto sarebbe derivato come conseguenza necessaria del principio sancito nell'articolo stesso.

6.° *Opposizione del Pubblico Ministero.* — Una notevole innovazione fu introdotta nel nostro diritto civile: ed è la facoltà concessa, anzi l'obbligo imposto dell'artico 87 al Pubblico Ministero di far sempre opposizione al matrimonio ogni qual volta gli consti della esistenza di un impedimento determinato dalla legge. Nel Codice civile francese non si trova una disposizione analoga; per cui si disputa vivamente se il pubblico Ministero abbia o no diritto di fare opposizione. Sono per l'affermativa Delvincourt, Demolombe, Duranton, Marcadé; sostengono la negativa Merlin, Dalloz, Toullier, Mourlon.

Il nostro Codice ha sciolta la controversia con una disposizione precisa: il Pubblico Ministero può fare opposizione, quando coloro cui la legge ne ha affidato più direttamente l'incarico, per motivi d'interesse o ragione di famiglia mancano al loro dovere.

158. Dell'opposizione officiosa.

Furono enumerate fin qui le persone a cui è riconosciuto il diritto e il dovere di fare opposizione legale; e, come si è veduto, sono in numero di sei:

Digitized by Google

1.° gli ascendenti; 2.° i collaterali; 3.° il tutore e il curatore; 4.° il conjuge; 5.° gli ascendenti della vedova e i parenti del defunto marito; 6.° Il Pubblico Ministero. Nessun altro quindi ha diritto di opporsi con efficacia ad un matrimonio progettato. Non i figli, non i nipoti, nè gli affini, nè altri ha ricevuto dalla legge facoltà alcuna a questo riguardo. Su questo punto tutti gli autori sono concordi (Merlin, *Rep. Opposit. à Mar.* — Toullier, I, n.° 585. — Delvincourt, 1, pag. 58 — Zachariae, I, pag. 191 — Demolombe, 144 — Dalloz, 285).

Ma non bisogna dimenticare la distinzione fatta poc' anzi fra la opposizione legale e l' opposizione officiosa. Senza dubbio, coloro a cui la legge non riconosce il diritto di opporsi legalmente non possono agire in questo senso: ma rimane loro aperta la via dell' opposizione officiosa, i cui effetti, se non sono così imperativi come quelli della opposizione legale, non per ciò mancano di efficacia.

Ne viene quindi che i discendenti, gli affini e le altre persone che la legge abbia esclusi dal numero di coloro che hanno facoltà di legalmente opporsi, quando credono all'esistenza di un impedimento al matrimonio, possono, anzi devono darne avviso all'ufficiale pubblico: e possono farlo, sia verbalmente, sia per lettera, sia anche per mezzo di usciere. Qualunque però sia la forma che essi adottano, l'atto che fanno non costituisce punto un'opposizione con sanzione penale contro l'ufficiale dello stato civile, nel caso in cui questi considerasse l'opposizione come non avvenuta. In ciò consiste unicamente la differenza fra gli effetti della opposizione legale e quelli della opposizione officiosa.

Digitized by Google

È egli a dire che, ove l'ufficiale pubblico venga a cognizione di un impedimento al matrimonio, non sia responsabile della sua condotta ulteriore? No certo. Egli può passar oltre, e, malgrado l'opposizione officiosa, celebrare il matrimonio; non incorre in alcuna pena, se l'impedimento allegato è in seguito riconosciuto inesistente. Nel caso contrario, egli sarà certamente punito; ma non già per non aver tenuto conto dell'opposizione ricevuta; sibbene, perchè ha scientemente celebrato un matrimonio di cui la legge gli interdiceva la celebrazione (Mourlon, I. 612 — Dalloz, 287 — Demolombe, 152).

Ciò che si è detto dell'opposizione fatta alla richiesta di una persona che non abbia qualità a questo effetto, si deve parimente applicare alla persona che ha bensì qualità per opporsi, ma non lo fa nei casi preveduti dalla legge, o nelle forme che la legge prescrive. (Mourlon, 611).

A riassumere spiccatamente la differenza di effetti che v'è fra le due forme dell'opposizione, dirò che quella che io chiamo *legale*, impegna in ogni caso la responsabilità dell'ufficiale pubblico, il quale, ove la violi, ne è punito: poco importa la validità dei motivi posti innanzi dall'opponente; quando anche risultino privi di fondamento, l'ufficiale è obbligato a tenere conto e a soprassedere. Anzi, se egli è prudente, deve rifiutarsi di procedere al matrimonio, quando anche fosse perfettamente convinto che i motivi contenuti nella fatta opposizione non hanno nulla di serio. Invece l'opposizione *officiosa* non ha che un effetto: se l'impedimento su cui si fonda esiste realmente, costituisce in istato di mala fede l'ufficiale pubblico che, avendola ricevuta, non ne tien conto:

Digitized by Google

ma se appare destituita di fondamento, se ha la convinzione che l'impedimento invocato dall'opponente non esiste, e se in fatto è così, può procedere e celebrare il matrimonio: questo atto di autorità non lo sottomette ad alcuna sanzione penale (Toullier, I, 592 — Zachariae, I, 192 — Demolombe, *du Mariage*, 152 — Mourlon, I, 613 — Dalloz, *Mariage*, 287).

159. — In quali forme l'opposizione dev'essere fatta.

Ecco in quali termini l'art. 88 stabilisce le forme colle quali debb'essere eseguita l'opposizione: « Ogni atto di opposizione deve esprimere la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla, le cause dell'-opposizione, e contenere la elezione di domicilio nel Comune ove siede il Tribunale nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio ».

La prima cosa che deve adunque contener l'atto di opposizione è la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla: e ciò perchè si conosca se egli è del numero delle persone a cui la legge ha espressamente riconosciuta questa facoltà, e perchè l'ufficiale sappia, alla sola inspezione dell'atto verificare se è *legale*, cioè, obbligatoria per lui, o se può senza pericolo passar oltre. Questo dovere è comune a tutti: e per adempirlo regolarmente, l'opponente deve indicare la sua linea e il suo grado di parentela coi futuri sposi: le espressioni, per esempio, di prossimo parente o di futuro erede sarebbero insufficienti (Merlin, Rep. *Opp. à Mariage* — Dalloz, *Mariage*, 290). Non solo chi non possiede le qualità richieste dalla legge per opporsi non può farlo validamente, ma Malleville (sull'art. 176 del cod. civ. fr.)

Digitized by Google

crede che l'usciere non possa significare un atto di opposizione ad un matrimonio fatto nei casi e da persone non contemplati dalla legge.

L'atto d'opposizione deve contenere inoltre elezione di domicilio, nel luogo in cui il matrimonio dovrà essere celebrato; e ciò affinchè il futuro sposo che vuole far rimuovere l'opposizione ne abbia conoscenza con sollecitudine, e non debba andare a dibattere la causa dinanzi a un tribunale lontano, lochè ritarderebbe senza utile alcuno il matrimonio, nel caso che l'opposizione venga rimossa. D'altra parte è giusto che chi si occupa con poca benevolenza delli affari di un futuro sposo vado a cercarlo nel luogo in cui questi attende a celebrare il suo matrimonio. La mancanza di elezione di domicilio fa sì che, malgrado, l'opposizione fatta, si possa domandare al Tribunale competente che sia rimossa (Merlin, *Opp. à Mar.*).

Ogni atto di opposizione deve, secondo l'art. 88, contenere i motivi sui quali l'opponente si fonda per agire: e questi motivi devono essere ammessi dalla legge, quando anche si tratti di ascendenti.

A chi l'atto di opposizione deve essere notificato? A tutti coloro che hanno diritto e interesse a conoscerlo; cioè, gli sposi e l'ufficiale dello stato civile (art. 89). Anzitutto, agli sposi; e a tutti e due: affinchè possano combatterlo, se è il caso: e inoltre per mettere quello dei due che avesse di buona fede ignorato l'esistenza di un impedimento legale, in grado di sottrarsi, se lo crede, alle noie di un giudizio, da cui fosse per venirgli danno o vergogna.

Dev'essere notificato in secondo luogo all'ufficiale dello stato civile, affinchè rifiuti di procedere alla celebrazione del matrimonio, finchè non gli sia pre-

Digitized by Google

sentata una sentenza, passata in giudicato, per la quale sia rimossa l'opposizione (art. 90).

L'ufficiale dello stato civile cui dev'essere fatta la notificazione, è quello dinanzi al quale il matrimonio dev'essere celebrato. Però nel caso espresso dallo articolo 96, l'opposizione può anche essere fatta all'ufficiale delegato, il quale deve in tal caso restituire all'ufficiale delegante la richiesta fattane coll'atto di opposizione a lui notificato (Decreto sull'Ord. dello stato civ. art. 92).

Quanto alla forma della notificazione, l'art. 89 dispone che sia quella stessa delle citazioni ordinarie, fatta quindi col ministero d'usciere, sottoscritta da lui, ed eseguita mediante consegna di una copia di essa egualmente sottoscritta dall'usciere (C. di pr. civ., art. 132 e seg.). L'opposizione al matrimonio può essere sempre utilmente fatta prima che il medesimo sia celebrato, ancorchè sia trascorso il termine per cui le pubblicazioni devono rimanere affisse (Decreto sull'Ord. dello stato civ. art. 92).

L'ufficiale dello stato civile, a cui è significato l'atto di opposizione, mette il suo visto sull'originale dell'atto stesso; e ciò per prevenire un conflitto di affermazioni contrarie, potendo avvenire che l'ufficiale passi oltre alla celebrazione del matrimonio coll'allegare di non aver ricevuto opposizione alcuna. Egli deve inoltre annotare in margine al processo verbale delle pubblicazioni l'atto di opposizione al matrimonio, il quale viene posto fra gli altri allegati al verbale.

Digitized by Google

160. Effetti della opposizione. Come può esser rimossa.

L'opposizione fatta da chi ne ha facoltà, dice l'art. 90, e per causa ammessa dalla legge, sospende la celebrazione del matrimonio. E s'è già detto più sopra che la sospensione è assoluta finchè l'opposizione non sia rimossa dall'autorità giudiziaria. Si noti che l'ufficiale dello stato civile non può giudicare egli stesso della legalità dell'opposizione ricevuta, e neppure della validità dell'atto. Si noti ancora che ove l'opponente receda dall'opposizione, l'ufficiale dello stato civile deve ciò non ostante sospendere la celebrazione del matrimonio, ove trovi l'esistenza di un impedimento legale. In questo caso egli agisce come quando viene a conoscere l'esistenza di simile impedimento per vie indirette, per dichiarazioni verbali o scritte da persone non aventi qualità per opporsi; deve tosto informarne il Pubblico Ministero, affinchè possa, se lo crede, prendere a suo conto l'opposizione, in forza dell'art 89; e deve sospendere la celebrazione del matrimonio finchè il procuratore del Re gli abbia fatte note le sue determinazioni (Decreto sull'Ordin. dello stato civ., art. 911).

La sanzione con cui è provveduto a che l'opposizione ottenga gli effetti che il legislatore le attribuisce non è così grave da produrre la nullità del matrimonio celebrato in violazione della opposizione medesima. L'art. 124 si limita a disporre che l'ufficiale dello stato civile il quale abbia ammesso alla celebrazione del matrimonio persone alle quali osti qualche impedimento o divieto di cui abbia notizia,

Digitized by Google

è punito con multa estensibile da lire 500 a 2000. Ma il matrimonio rimane valido. Può essere bensì in seguito annullato, se le cause della opposizione trascurata erano di quelle che la legge ha determinate come portanti la nullità.

L'atto d'opposizione fatto da chi ne ha il diritto e per le cause ammesse dalla legge è portato in tribunale, dinanzi al quale si osserva il procedimento sommario: il voto della legge è che le domande di rimozione di opposizione siano giudicate colla massima celerità (C. di proc. civ. art. 797). Ciò è imperiosamente richiesto dall'indole di questi affari. Ed è per ciò che il termine per appellare dalla sentenza del tribunale che rigetti l'opposizione è fissato a giorni quindici dalla notificazione di essa; l'atto d'appello deve, per la stessa ragione, contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di giorni cinque, non maggiore di giorni quindici (C. pr. civ. 197). Si badi che tutte queste disposizioni sono stabilite in favore del futuro sposo, il quale ha un vivo ed evidente interesse a che gli ostacoli insorti al suo matrimonio siano con sollecitudine giudicati; per cui i termini fissati pel suo appello contro la sentenza di tribunale che ammetta l'opposizione sono naturalmente più estesi di quelli voluti dall'art. 197 del C. di pr. civ. per l'appello contro la sentenza che rigetti l'opposizione.

Si è veduto che l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio, finchè non gli consti che l'opposizione fatta sia stata rimossa da una sentenza passata in giudicato, o finchè l'opponente abbia desistito volontariamente. Il desistimento volontario non è soggetto ad alcuna condizione di

forma particolare: l'opponente può dunque rinunciare alla sua opposizione, sia per atto autentico, sia col notificare la sua rinunzia alle parti e all'ufficiale dello stato civile, sia anche dando il suo consenso al matrimonio. Ma se persiste nell'opposizione, il giudizio deve seguire il suo corso; e il matrimonio è sospeso finchè la causa non abbia fatto tutto il giro del procedimento ordinario. Giova però notare che se l'appello mantiene la sospensione del divieto di celebrazione, non è così del ricorso in cassazione il quale non è punto d'ostacolo. È sorta a questo proposito la quistione se, dato il caso che la Corte di Cassazione annulli una sentenza che abbia rigettata l'opposizione, quale effetto un tale annullamento produrrebbe sul matrimonio già celebrato. Marcadè (sull'art. 178) è d'avviso che la sentenza della cassazione annulla non solo la sentenza di revoca dell'opposizione, ma anche il matrimonio già celebrato. La maggior parte però dei giurisconsulti (Demolombe, 171, Dalloz, 319 ed altri) rispingono questa opinione, e dichiarano che il matrimonio non può essere annullato, ove riunisca tutte le condizioni necessarie alla sua validità e che neppure all'ufficiale dello stato civile si possa applicare la sanzione penale dell'art. 123. Non v'è nelle nostre leggi un solo testo che possa servire d'appoggio alla dottrina di Marcadé.

La legge dovea prevenire, per quanto fosse possibile, l'abuso che si volesse fare, per fini meno retti, del diritto di opposizione: epperciò, non solo ha limitato il numero delle persone che hanno qualità per esercitarlo; ma ha disposto che, se l'opposizione sia respinta, l'opponente, ove non sia un ascendente od il pubblico ministero, potrà essere condannato al

Digitized by Google

risarcimento dei danni (art. 91). « Spesso, di fatti, diceva, Portalis nella sua esposizione dei motivi del titolo del matrimonio, può avvenire che un'opposizione mal fondata metta ostacolo ad un'unione conveniente e legittima: allora esiste un pregiudizio grave; questo pregiudizio dev'essere riparato; e poco importa che la persona la quale ha creduto di fare opposizione abbia agito per errore o per imprudenza: fra colui che s'inganna e colui che soffre non v'è da esitare ».

Secondo l'art. 179 del Cod. civ. fr. come secondo l'art. 91 del nostro, che ne è una traduzione, è fatta una distinzione fra i genitori e il Pubblico Ministero da un lato, e gli altri opponenti dall'altro. Il padre, la madre e gli avi sono in qualche modo magistrati nella loro famiglia anche quando si presentano in conflitto coi figli, dinanzi al tribunale; la legge suppone che è l'interesse medesimo dei figli che li fa agire: la loro tenerezza presunta esclude ogni sospetto di mala fede, e rende scusabile il loro errore. Se con l'età maggiore dei figli cessa l'autorità dei genitori, non cessa però nè la loro sollecitudine, nè il loro affetto per la loro prole. Non possono quindi essere confusi con gli altri opponenti.

Quanto al Pubblico Ministero, la sua opposizione essendo fondata su motivi d'ordine pubblico (almeno, questa è la spiegazione della sua ingerenza nella maggior parte delle quistioni di diritto civile in cui la legge lo fa intervenire) era naturale che fosse dispensato da ogni spesa, la quale, in realtà, sarebbe venuta a cadere a carico dell'orario, o, più esattamente, dei contribuenti.

Giova però notare che l'art. 91 non condanna

sempre l'opponente respinto al risarcimento dei danni: « potrà essere condannato » dice: è quindi lasciata al prudente arbitrio del tribunale piena facoltà per decidere se sia il capo di applicare la pena: e il tribunale si risolve dietro l'apprezzamento delle cause che indussero l'opponente, della qualità sua, e di altri elementi di fatto che la legge non potea determinare *a priori*.

Osserviamo in ultimo che le disposizioni del Codice, relative alle formalità preliminari del matrimonio e specialmente all'opposizione non sono applicabili nè al Re nè alla famiglia reale (art. 92).

LEZIONE XXV.

DELLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO

161. Della celebrazione del matrimonio.

Le pubblicazioni non sono che il primo e il più importante dei mezzi con cui la legge ha provveduto a portare a cognizione di tutti questo gravissimo atto della vita civile. Ma anche la celebrazione del matrimonio è accompagnata da altre guarentigie di pubblicità, che tendono tutte al medesimo scopo.

Le principali sono: 1.° il matrimonio si celebra dinanzi a un ufficiale pubblico; 2.° il luogo in cui la celebrazione si compie è la casa comunale; 3.° il pubblico è ammesso a questa celebrazione; 4.° due testimonii assistono alla celebrazione.

A queste disposizioni della legge non si deroga se non quando si tratti di motivi imperiosi, e tali da giustificare l'eccezione, come nei casi indicati dagli articoli 96 e 97. Ma il principio della pubblicità del matrimonio è di tale importanza, che quando si presenta una di queste eccezioni, la legge provvede a che si accrescano le guarentigie necessarie per evitare che si compiano matrimoni clandestini.

Digitized by Google

162. Del Comune in cui si deve celebrare il matrimonio.

« Il matrimonio, così l'art. 93, dev'essere celebrato nella casa comunale e pubblicamente, innanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune, ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza ».

Il nostro art. 93, come si vede, si diversifica dal corrispondente art. 74 del Codice francese, il quale, per gli effetti del matrimonio, esige che il domicilio risulti da sei mesi di abitazione continua nello stesso Comune. L'applicazione di questo articolo ha dato luogo a molte e vive controversie fra i giurisconsulti francesi; ma il disposto del nostro art. 73 rende impossibile ogni conflitto.

Parlando del domicilio o della residenza dei futuri sposi, la legge ha voluto evidentemente indicare i maggiori e i minori emancipati, che soli possono avere un domicilio proprio e distinto. I minori non emancipati hanno, come è noto, il domicilio dei genitori o dei tutori (art. 18): ed è al domicilio di questi che si riferiscono le disposizioni dell'art. 93.

Determinato il Comune nel quale deve aver luogo la celebrazione del matrimonio, la legge ammette un'eccezione, quando questa sia voluta dalla necessità o dalla convenienza. Infatti l'art. 96 dispone che ove si presenti il caso che convenga o si sia costretti a celebrare il matrimonio in un Comune diverso da quello in cui uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, l'ufficiale dello stato civile di quest'ultimo deve richiedere per iscritto l'ufficiale del luogo dove il matrimonio si dovrà celebrare. Ma questa deroga

Digitized by Google

alle norme ordinarie è accompagnata da alcune misure destinate ad ovviare agli sconci che ne possono nascere.

Anzitutto, la richiesta di un ufficiale ad un altro dev'essere menzionata nell'atto di celebrazione ed in esso inserita. L'ufficiale richiedente deve indicare il motivo di convenienza o di necessità che lo ha a ciò indotto. Nel giorno successivo alla celebrazione del matrimonio l'ufficiale innanzi al quale ha celebrato è obbligato a mandare copia autentica dell'atto all'ufficiale da cui venne la richiesta. Finalmente tutti i documenti relativi al matrimonio sono tenuti dall'ufficiale delegante, il quale li unisce alla copia dell'atto di celebrazione che gli sarà trasmessa nel giorno successivo dall'ufficiale delegato (art 96. – Decr. sull'Ord. dello stato civ., art. 103).

Il Codice francese non contiene alcun provvedimento a questo riguardo; il che ha dato luogo alla quistione se la competenza degli ufficiali dello stato civile sia *personale o territoriale;* in altri termini, se possa dirsi valido il matrimonio celebrato dall'ufficiale di un Comune diverso da quello voluto dalla legge; le opinioni sono divise.

Presso di noi una simile controversia non è possibile, dopo il disposto degli articoli 93 e 96, accompagnati dalla sanzione dell'art. 104. La regola stabilita dalla legge nostra è che la competenza dell'ufficiale dello stato civile è territoriale, e che nessun matrimonio può essere validamente celebrato dall'ufficiale di un Comune in cui nessuno degli sposi abbia domicilio o residenza, fuori che mediante una delegazione regolarmente fatta. Le cautele colle quali questa delegazione è accompagnata rivelano anche'esse

Digitized by Google

chiaramente il concetto del legislatore, che è di considerare la competenza dell'ufficiale dello stato civile come strettamente circoscritta al proprio Comune. Un matrimonio celebrato da un ufficiale incompetente, anche per ragione del territorio, apre il diritto all'azione di nullità contemplata dall'art. 104.

La legge non si limita a dichiarare il Comune nel quale il matrimonio dev'essere celebrato: essa determina altresì il locale, che è la casa comunale. Tutti sono obbligati a recarvisi; e siccome la legge colla scelta di un locale pubblico, ha inteso dare maggior solennità e pubblicità al matrimonio, è evidente che questa disposizione dev'essere rigorosamente rispettata.

Ma uno degli sposi per infermità o per altro impedimento, legalmente giustificato, all'uffizio dello stato civile, può trovarsi nella impossibiltà di adempire il voto della legge, e di recarsi alla casa comunale. Dovevasi rendere impossibile il matrimonio col non fare eccezione alcuna al disposto dell'art. 93? No certo.

Si è però a lungo discussa la quistione, se ciò convenisse: i matrimonii in *extremis*, che la chiesa cattolica vede con occhio favorevole, sono dai giuristi considerati in generale con diffidenza. L'esperienza difatti prova che più d'una volta sono il risultato di minaccie o di blandizie, tanto più efficaci sullo spirito di un malato, talora moribondo, che questi è debole, isolato senza volontà. Il nostro legislatore, pur ammettendo la possibilità di questi pericoli, ha però riflettuto che « il rispetto dovuto ai costumi, la pietà verso figli innocenti ed infelici, il grido della coscienza di un uomo desidéroso di riparare gravi torti della sua vita,

Digitized by Google

sul punto di abbandonarla, infine la sventurata condizione di una donna sovente ingannata da fallaci promesse, sono considerazioni abbastanza gravi per fare ammettere i matrimoni in *extremis*, ai quali la religione è anzi molto propensa. L'ufficiale chiamato a celebrarli potrà sempre accertarsi della libertà di consenso dello sposo ammalato (Relazione senatoria) ».

La quistione medesima è stata altresì discussa vivamente nel seno della Commissione di coordinazione. Pareva conveniente ad alcuni membri di non estendere di soverchio l'arbitrio, e di non ricadere negli abusi delle troppo funeste dispense che si lamentano col matrimonio religioso, e aggiungeva che questi matrimonii, i quali mancano al vero scopo di questa instituzione, non dovevano favorirsi. Ma fu risposto, e con ragione, che se, in generale, non si devono consentire senza gravi motivi, vi sono però dei casi in cui sarebbe a deplorare che non potessero aver luogo, per l'impossibilità di adempiere alle troppe rigorose formalità legali come quando si fanno per legittimare la prole già nata: che oltre poi ai casi di estremo pericolo di vita ve ne sono tanti altri di uguale urgenza come la partenza per lontana terre al di là dei mari, o il caso di un militare che deve entrare in campagna, o che trovasi alla vigilia di una battaglia.

In forza di queste considerazioni venne saviamente mantenuto l'art. 57.

Questo articolo traccia inoltre le diverse norme che si devono seguire quando si tratta di matrimoni *in extremis*. L'ufficiale dello stato civile si trasferisce nel luogo dove si trova lo sposo ammalato; e vi si trasferisce unitamente al segretario del Comune. Invece

Digitized by Google

di due testimonii, come nei casi di celebrazione ordinaria, qui ne occorrono quattro. Mediante queste precauzioni, si rimedia a ciò che può esservi d'incompleto nella pubblicità richiesta pel matrimonio.

164. Delle forme della celebrazione.

L'art. 94 determina nel modo seguente le forme della celebrazione: « nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimonii, ancorchè parenti, darà lettura agli sposi degli articoli 130, 131, 132 di questo titolo: riceverà da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie, e di seguito pronuncierà in nome della legge, che sono unite in matrimonio. L'atto del matrimonio sarà compilato immediatamente dopo la celebrazione ».

S'è già detto che il nostro Codice lascia agli sposi piena facoltà di far precedere quella delle due forme di celebrazione che preferiscono, la civile o la religiosa: il legislatore non riconoscendo come valida quest'ultima, non era obbligato di occuparsene, nè per proibirla, nè per permetterla, e tanto meno per regolarla. Quando gli sposi si presentano alla casa comunale, dinanzi all'ufficiale dello stato civile, se sono state eseguite tutte le formalità preliminari, se i documenti consegnati da loro dimostrano che adempiono le condizioni volute, e che nessun impedimento legale si frappone al loro matrimonio, il debito dell'ufficiale è di procedere senz'altro alla celebrazione.

Il giorno della celebrazione è, dice l'art. 94,

Digitized by Google

indicato dalle parti. Nulla di più naturale. La gravità dell'atto esige che gli sposi siano liberi fino all'ultimo momento di riflettere a ciò che fanno; è la facoltà di scegliere il giorno in cui siano ambedue in grado di procedere alla celebrazione, è un ultimo riconoscimento della loro libertà. Demolombe pensa (*Du Mariage* n.° 208) che le parti non potrebbero obbligare l'ufficiale dello stato civile a celebrare il loro matrimonio in giorno di domenica o di festa legale, sebbene non vi sia nulla d'irregolare (L. 2, Cod. *de feriis*). Quanto alla scelta dell'ora della celebrazione, la legge non avendone parlato, lo stesso autore ne conchiude che spetta all'ufficiale di fissarla egli stesso, tenendo conto, per quanto è possibile, delle convenienze delle parti.

Gli sposi debbono essere assistiti da due testimoni, i quali possono essere anche parenti. Il Codice francese ne esige quattro: ma con tante altre guarentigie, non v'è ragione di esigere quella di un numero così notevole di testimoni.

L'ufficiale dello stato civile deve dare agli sposi lettura degli articoli 130, 131 e 132 del Codice civile: questi articoli ricordano loro, ma soprattutto alla donna, i doveri e i diritti che nascono dal matrimonio. Così la donna sa quali sono le conseguenze del suo atto. Ed è soprattutto qui che si appase la giustezza della disposizione che esige la presenza personale delle parti per la celebrazione del matrimonio.

In diritto romano, come è noto, era lecito contrarre matrimonio per mezzo di procuratore (L. *ff. de ritu nupt.* Pothier) (*Du contrat de Mariage,* n.° 367) ricorda che una decretale di Bonifacio VIII li permetteva egualmente, purchè 1.° il mandatario avesse

Digitized by Google

una procura speciale per isposare una data persona: 2.° lo facesse di per sè; 3.° che il mandato non fosse rivocato prima della celebrazione del matrimonio. — Ma più saviamente il nostro Codice li proscrisse.

Dalla relazione del Vigliani sul primo libro del Cod. civ., appare che la Commissione senatoria discusse se dovessero permettersi: ma venne giudicato essere di somma importanza stabilire l'obbligo che gli sposi si recassero personalmente innanzi all'uffiziale dello stato civile. Per constatare la validità del matrimonio occorre la certezza che fino al punto in cui si compie, nessuno degli sposi abbia receduto dal proposito di celebrarlo. Or chi può assicurare che non sia mutata la volontà del mandante, quando il mandatario consente in nome di lui? A niuno per certo parranno troppe le cautele in un affare così delicato. E il relatore Pisanelli aggiungeva nuove ed esplicite dichiarazioni nel senso stesso, dicendo che il mandato non era ammesso pel matrimonio, mentre si è ammesso per gli altri contratti, appunto per la differenza che v'è fra ogni altro contratto e quello del matrimonio.

Nel seno della Commissione incaricata di proporre le modificazioni necessarie a coordinare le disposizioni del Codice civile, era stato proposto da alcuni che si ammettesse, almeno in qualche caso gravissimo, e per via di eccezione, la celebrazione dei matrimonii per procura.

Ma la Commissione si pronunciò unanime contro questa proposta, perchè, sia per motivi d'ordine pubblico, sia perchè questo modo di matrimonio potrebbe essere cagione di gravi inconvenienti, tanto per le questioni che possono sollevarsi sulla validità ed estensione del mandato, quanto per la possibilità del pen-

Digitized by Google

timento sino al momento della espressione reciproca del consenso, sia per i cambiamenti che possono succedere nelle condizioni personali dei contraenti a datare dal rilascio del mandato sino a quello della celebrazione del matrimonio. Si aggiunga che la presenza personale degli sposi è soprattutto una tutela per la donna, poichè può avvenire che una giovinetta appena quindicenne, senza essere consultata, o contro sua volontà, fosse impegnata in un matrimonio e costretta a dare un consenso che, certo, non darebbe, se fosse pubblicamente e solennemente interpellata dall'ufficiale dello stato civile. Chi non conosce qualche esempio di risposte negative date alla domanda dell'ufficiale, se si voglia contrarre matrimonio?

Se i matrimonii per procura vennero ammessi pei principi (art. 99), questa deroga al diritto comune è stata determinata da ragioni di alta convenienza affatto speciali.

Così il nostro Codice risolse esplicitamente la controversia, ancora vigente in Francia, se siano permessi o no i matrimonii per procura.

L'ufficiale dello stato civile deve esigere che gli sposi rispondano personalmente, e a chiara voce, alla domanda se si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie. Una risposta fatta dal padre o dalla madre, o da altri, anche alla presenza degli sposi, non avrebbe valore alcuno.

Alla sposo che sia sordo o sordo-muto, ma che sappia leggere, l'ufficiale dello stato civile presenta il Codice civile affinchè legga gli articoli 130, 131, e 132. Lo sposo sordo-muto che sa scrivere deve fare per iscritto la dichiarazione di voler maritarsi. Se lo sposo o sordo-muto non sa leggere nè scrivere, l'ufficiale

Digitized by Google

dello stato civile chiama un interprete fra i parenti o famigliari di lui e fattogli prestare giuramento, si vale del medesimo per indirizzargli le domande, ricevere le risposte, e dargli comunicazione delle disposizioni di legge. L'adempimento di tali formalità si fa constare dall'atto di matrimonio (Decr. sull'Ord. dello stato civ., articoli 98, 99).

Ricevuta la dichiarazione affermativa delle parti, l'ufficiale dello stato civile pronuncia tosto, in nome della legge, che sono unite in matrimonio: e ne fa immediatamente compilar l'atto. L'obbligo imposto dalla legge, di procedere senza ritardo alla compilazione dell'atto, reca di conseguenza che se l'ufficiale dello stato civile si fosse recato, in conformità dell'articolo 97, fuori della casa comunale per procedere alla celebrazione del matrimonio, debba fare portare con lui i registri dello stato civile per inscrivervi l'atto di celebrazione (Demolombe n.° 211 — Coin — Delisle. sull'art. 75).

La dichiarazione degli sposi, di prendersi rispettivamente in marito e moglie, non può essere sottoposta nè a termine nè a condizione. L'ufficiale dello stato civile deve avvertirli che qualunque riserva facessero, non produrrebbe effetti di sorta per l'avvenire. Chè se però gli sposi persistessero nel volere aggiungere un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile dovrà rifiutarsi di procedere alla celebrazione del matrimonio: l'art. 95 è formale e assoluto. La dichiarazione di consenso dev'essere pura e semplice.

Cosa deve contenere l'atto di matrimonio? L'articolo 383 ce lo dice: 1.° il nome e cognome, l'età e la professione, il domicilio o la residenza degli sposi; 2.° il nome e cognome, il domicilio o la residenza

Digitized by Google

dei loro genitori; 3.° il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui è necessario, ovvero il provvedimento menzionato all'art. 67; 4.° la data delle eseguite pubblicazioni ed il decreto di dispensa; 5.° la data del decreto della dispensa che sia stata concessa da alcuno degli impedimenti menzionati all'art. 68: 6.° la dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio; 7.° il luogo in cui seguì la pubblicazione; 8.° il luogo in cui seguì la celebrazione del matrimonio, nel caso espresso dall'articolo 97, ed il motivo del trasferimento; 9.° la ricognizione dell'unione degli sposi, che l'ufficiale dello stato civile fa in nome della legge.

Indipendentemente però dalle enunciazioni indicate dall'art. 383, che sono pei casi ordinari, le circostanze potrebbero esigere altre dichiarazioni. Così, per esempio, se il futuro sposo fosse militare, l'atto dovrebbe menzionare l'autorizzazione che ha dovuto essergli accordata (Decr. sull'Ordin. dello stato civ. 69). Se nell'atto di celebrazione del matrimonio, gli sposi intendessero riconoscere figli naturali, l'ufficiale dello stato civile riceve la dichiarazione e la fa constare nell'atto stesso del matrimonio: chè se l'atto di nascita dei figli fosse stato già ricevuto ne'suoi registri, provvede perchè sia fatta annotazione del riconoscimento in ambidue gli originali. (Decr. sucitato, articoli 94, 110). In margine poi degli atti di matrimonio si fa annotazione delle sentenze passate in giudicato che li riguardano (Decr., art. 96). Queste ed altre enunciazioni, quando la necessità le richiede, devono essere inscritte nell'atto di matrimonio per completarlo.

Qual'è il momento preciso a cominciare dal quale il matrimonio è un fatto definitivamente compiuto? È

Digitized by Google

chiaro che, quando i due sposi, pubblicamente interpellati, se voglion prendersi per marito e moglie, hanno riposto con una dichiarazione affermativa, e che l'ufficiale dello stato civile ha pronunciato, in nome della legge, che sono uniti in matrimonio, il matrimonio esiste; e non richiede più altra formalità di sorta. L'atto di celebrazione che è redatto immediatamente dopo non è un elemento essenziale e costitutivo; ma solamente un mezzo di prova.

Si è fatta, a proposito dell'atto di matrimonio, una discussione assai viva. Si è posto, anzitutto, il caso di un ufficiale che, appena pronunciata l'unione, cada colpito di apoplessia: per cui la redazione dell'atto divenga impossibile. Che si deve decidere? Si ha un matrimonio perfetto, o solamente cominciato e perciò nullo? La risposta è facile a darsi, dopo quello che ho detto sull'indole e sul valore dell'atto; il matrimonio è valido. Quanto poi alla prova che risulta dall'atto del matrimonio, io penso con Demolombe (n. 213), Dalloz, (n. 379) e con Zachariae (Vol. I, pag. 146), che sia il caso di applicare quella disposizione di legge, secondo la quale se non si siano tenuti registri, o siano stati distrutti o smarriti, in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi, venga ammessa la prova delle nascite, dei matrimonii e delle morti, tanto per documenti o per iscritture, quanto per testimonii (Cod. civ. art. 364). La stessa soluzione è da adottarsi, nel caso in cui l' una delle parti morisse improvvisamente, appena celebrato il matrimonio.

Più grave è il caso in cui una delle parti, dopo aver fatta la dichiarazione affermativa, rifiutasse di sottoscrivere l'atto di celebrazione. I giurisconsulti

Digitized by Google

esitano a risolvere la quistione, nel senso sopra indicato; eppure i principii da applicare sono gli stessi. L'ufficiale dello stato civile ha ricevuto dalla legge la facoltà, anzi, il mandato di constatare l'adempimento dell'atto che si celebra dinanzi a lui: deve quindi essere creduto, quando enuncia un fatto compiutosi in sua presenza.

Il suo dovere, sia nel caso in cui una delle parti venisse a soccombere, sia che rifiutasse di sottoscrivere, è di far menzione, nell'atto di celebrazione che redige, dei motivi per quali manca la firma di una o anche di amendue le parti.

166. Del rifiuto di celebrazione per parte dell'ufficiale dello stato civile.

L'art. 75 del Codice civile avea già disposto che l'ufficiale dello stato civile avesse facoltà di rifiutarsi di procedere alle pubblicazioni, qualora credesse di non poterlo; ma lo obbligava a rilasciare alle parti un certificato esprimente i motivi del rifiuto. Un'analoga disposizione troviamo nell'art. 98, secondo il quale l'ufficiale dello stato civile è autorizzato, per causa ammessa dalla legge, a rifiutarsi di procedere alla celebrazione del matrimonio, ma egualmente con l'obbligo di rilasciare alle parti un certificato contenente l'indicazione dei motivi che hanno determinato il rifiuto.

Quali siano i motivi che possono legittimare questo le rifiuto, ce lo dicono gli articoli del Codice che contengono disposizioni proibitive. L'essersi proceduto alle pubblicazioni, come ben si sa, non porta ancora obbligo alcuno nè per le parti, nè per l'ufficiale dello

Digitized by Google

stato civile: per cui fino al momento ultimo della celebrazione, quelle possono ritirarsi, e questi può rifiutare; anzi, la responsabilità che la legge fa pesare su di lui gli impose il dovere e il diritto di astenersi, appena sorga un dubbio sull'esistenza di qualche impedimento che non sia stato rimosso con dispensa.

Ma oltre agli impedimenti ordinari, vi sono altri motivi che possono sorgere all'improvviso, i quali, sebbene tutto il resto sia in regola, pure autorizzano l'ufficiale dello stato civile a rifiutarsi. Abbiamo già veduto, per esempio, che se nell'atto stesso della celebrazione una parte volesse aggiungere un termine o una condizione, non è permesso procedere oltre. Così d'altri motivi.

Ogni qual volta però l'ufficiale dello stato civile si rifiuti dovendo egli addurre le ragioni, fondate unicamente sulla legge, se le parti credono ingiusto il rifiuto, ricorrono al tribunale, il quale provvede, sentito il Pubblico Ministero, salvo sempre il richiamo alla Corte d'appello. L'art. 798 del Codice di procedura civile porta che sopra i ricorsi contro l'ufficiale dello stato civile nei casi indicati dagli articoli 75 e 98 del Codice civile, il tribunale giudica e delibera in camera di consiglio.

Digitized by Google

LEZIONE XXVI.

DEL MATRIMONIO DEL CITTADINO IN PAESE ESTERO E DEGLI STRANIERI NEL REGNO

167. Del matrimonio celebrato fuori dello Stato a cui si appartiene

Il matrimonio — tutti i giurisconsulti sono d'accordo — è una di quelle istituzioni che devono considerarsi come di diritto naturale o delle genti, nel significato antico di quest'ultima espressione. Per cui, in qualunque paese si rechi un cittadino del Regno, egli porta sempre seco la sua capacità personale, con tutte le conseguenze che ne derivano, fra le quali quella di contrarre matrimonio, quando possieda le condizioni volute per quest'atto solenne della vita civile. Parimente, qualunque straniero venga nel Regno, ha facoltà di contrarlo, senza che perciò egli sia sottomesso ad obblighi speciali e distinti, meno quelli che derivano dai principii generali del diritto civile.

Vi sono però alcune regole speciali, in piccolissimo numero, contenente negli articoli 100-103 del Co-

Digitized by Google

dice civile, cui devono uniformarsi i cittadini che contraggono matrimonio all'estero, e gli stranieri che contraggono matrimonio nel Regno. Queste regole del resto non sono che il complemento dei principii sanciti nel titolo preliminare del Codice civile.

Abbiamo dunque da esaminare: 1.° con quali forme dev'essere celebrato il matrimonio dei cittadini in paese estero; 2.° quali condizioni di capacità si devono adempire; 3.° quali formalità si devono eseguire prima della celebrazione; 4.° quali obblighi abbia il cittadino posteriormente al suo matrimonio; 5.° come si prova il matrimonio contratto all'estero; 6.° quale sia la condizione dello straniero che vuol contrarre matrimonio nel Regno; 7.° quali formalità debba eseguire.

Ma si può dichiarare fin d'ora che nell'esame di tutte queste questioni non v'è che da ricorrere a quelle regole fondamentali di diritto internazionale privato che oggimai sono penetrate nella coscienza pubblica di tutte le nazioni civili, e che il nostro legislatore ebbe il merito di formolare pel primo.

168. Con quali forme dev'essere celebrato il matrimonio dei cittadini all'estero.

L'Italiano che va all'estero ha facoltà, secondo il nostro diritto, di contrarvi matrimonio senza bisogno alcuno di autorizzazione o di permissione governativa. È però evidente che non può celebrarlo secondo le forme prescritte dalla legge italiana, il cui impero, in materia di atti e di forme, si ferma alla frontiera dello Stato. Colui che si trova in paese estero non può pretendere che i magistrati di quel paese appli-

chino la sua legge nativa. Qui la massima *locus regit actum* riprende la sua forza.

Infatti, l'art. 100 dispone che il matrimonio seguito in paese estero fra cittadini, o fra un cittadino e uno straniero, è valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e il cittadino non abbia contravvenuto alle disposizioni proibitive del nostro Codice relative agli impedimenti legali che fanno ostacolo al matrimonio. Il disposto dell'art. 100 non è altro, in sostanza, che la ripetizione dell' art. 9 del titolo preliminare del Codice civile, secondo il quale le forme estrinseche degli non sono determinate dalla legge del luogo in cui furono fatte.

La seconda parte dell'art. 9 del titolo preliminare dispone però che è in facoltà dei contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti.

Abbiamo dunque due disposizioni diverse concernenti la forma degli atti dei cittadini all'estero: le une che sono comuni a tutti, e che si risolvono nella massima *locus regit actum*: l'altra che autorizza la deroga a questa massima, purchè i contraenti siano tutti cittadini del medesimo Stato. Sorge quindi la quistione se il disposto dell'art. 100, che pronuncia in modo esplicito la validità dei matrimonii seguiti in paese estero, purchè celebrati secondo le forme stabilite in quel paese, non ammetta la eccezione contenuta nel secondo capoverso dell'art. 9 del titolo preliminare.

Una prima risposta a questa domanda ce la dà l'art. 368 del Codice, secondo il quale è in facoltà dei cittadini che si trovano fuori del Regno di far ricevere gli atti di nascita, matrimonio e morte dai regi agenti diplomatici e consolari, purchè si osservino le forme stabilite dal Codice stesso.

Digitized by Google

Una seconda risposta a questa domanda la troviamo nella legge consolare, 28 gennaio 1866, nella quale è detto che non solo i consoli (art. 29 e seg.), ma anche i regi agenti diplomatici esercitano, riguardo ai nazionali le funzioni di ufficiali dello stato civile (art. 42): che ricevono in tale qualità gli atti di nascita, di matrimonio e di morte dei cittadini italiani: che possono anche ricevere, ove le leggi, gli usi e consuetudini lo permettano, gli atti di matrimonio fra un italiano ed una straniera.

Le regole sancite dalla legge nostra sono dunque le seguenti: pei matrimoni dei cittadini celebrati in paese estero, è condizione normale di validità l'essere state seguite le forme stabilite dalla legge vigente in quel paese: e ciò sia pei matrimonii contratti fra due italiani, sia per quelli contratti fra un italiano e una straniera. — Quando si tratti di due cittadini, essi possono però seguire la legge nazionale, contraendo il matrimonio dinanzi ai regi agenti diplomatici e consolari all'estero, ai quali la legge conferisce le attribuzioni di ufficiali dello stato civile. — Quando uno dei futuri sposi sia italiano e l'altro straniero, la massima *locus regit actum* riprende il suo impero salvo il caso contemplato dall'ultimo capoverso dell'art. 29 della legge consolare; che, cioè, le leggi, gli usi o le consuetudini locali permettano agli agenti diplomatici o consolari di ricevere, in qualità di ufficiali dello stato civile, gli atti di matrimonio fra un cittadino e una straniera. Come si vede, quest'ultima facoltà è una deroga formale al principio sancito dall'art. 9 del titolo preliminare, giustificato dalla necessità in cui la condizione poco civile di qualche paese può collocare i nostri cittadini che vi risiedono, di non poter trovare

Digitized by Google

tutte le guarentigie atte a constatare la celebrazione del loro matrimonio.

Si osservi però bene che questa è una eccezione ai principii generali di diritto, e che quindi dev'essere interpretata restrittivamente; poichè nei casi ordinari, lo straniero che contrae matrimonio con un italiano non è punto soggetto alle leggi italiane, e l'agente diplomatico italiano è per lui un ufficiale incompetente: il matrimonio ch'egli contrasse sarà quindi radicalmente nullo, se non si verifichi l'eccezione accennata dall'art. 29 della legge consolare.

V'è una quistione che si è presentata a più riprese, e che merita di essere brevemente esaminata. Due sposi, volendo evitare il matrimonio civile, vanno a celebrarlo in forma religiosa in paese in cui questa sola sia in rigore. Al loro ritorno nello Stato, basta egli l'adempimento dell'obbligo della trascrizione nei registri dello stato civile del Comune dove risiedono, perchè il matrimonio sia valido? O deve punirsi in loro l'intenzione tradotta in atto di eludere le leggi dello Stato?

A me pare che la soluzione di questa questione sia chiaramente fornita dal testo medesimo del Codice. Che dice esso? Infatti: che il matrimonio fra due cittadini seguito in paese estero è valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese (art. 100): che gli atti dello stato civile seguiti in paese estero fanno fede, quando siansi osservate le forme stabilite dalle leggi del luogo (art. 367): e finalmente che le forme estrinseche degli atti sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti (Tit. prel. del Cod. civ., art. 9).

Si noti che non v'è nelle leggi nostre una sola

Digitized by Google

parola che implichi l'obbligo di una residenza più o meno prolungata in paese estero, per potervi celebrare validamente il matrimonio secondo le forme che ivi sono vigenti: e che, quindi, purchè gli sposi al loro ritorno adempiscano i doveri imposti dall'art. 101, il loro matrimonio è perfettamente valido e regolare.

168. Della capacità delle persone che contraggono matrimonio all'estero.

« Lo stato e la capacità delle persone, (così l'art. 6 del titolo preliminare del Codice), ed i rapporti di famiglia sono regolate dalla legge della nazione a cui appartengono ». In conseguenza di che, il cittadino che si trovi all'estero, essendo accompagnato dovunque dalla legge nazionali in tutto ciò che concerne la propria capacità, se vuole contrarre matrimonio, non deve contravvenire ad alcuna delle disposizioni prescritte dal Codice, relativamente alla qualità ed alle condizioni generali e speciali che sono richieste per poter procedere ad un atto che modifica così gravevemente la sua posizione personale. L'art. 100 del Codice civile abbandona alla legge del luogo in cui si trova il cittadino tutto ciò che concerne la forma: ma tutto quanto riguarda la sostanza stessa del contratto di nozze è regolato dalla legge nazionale del contraente; nel che non si fa che applicare il principio già sancito dal terzo capoverso dell'art. 9 del titolo preliminare.

Così, per esempio, non è permesso ai cittadini di contrarre matrimonio all'estero prima di 18 anni compiuti, se maschi, e di 15 se femmine, salvo che abbiano ottenuto le necessarie dispense (articoli

Digitized by Google

63, 68): e questo impedimento è efficace, quando anche il paese in cui volessero celebrare il matrimonio ammettesse a questo atto in età minore di quella: non possono aver due mogli, neppure nei paesi in cui la poligamia è permessa (art. 56): non possono violare gli impedimenti di parentela o di affinità che la nostra legge riconosce (59, 60). Resta però inteso che l'obbligo di non contravvenire alle disposizioni del Codice relativa al matrimonio riguarda soltanto i cittadini: la capacità degli stranieri a cui si uniscono è regolata dalla legge nazionale degli stessi. Così un italiano purchè abbia 18 anni, può sposare una donna che ne ha meno di 15, se la legge del paese della sua futura sposa permette il matrimonio prima di questa età.

169. Delle formalità che precedono i matrimonii contratti all'estero

Fra le formalità che la legge richiede pei matrimonii che si celebrano all'estero v'è quella delle pubblicazioni nel Regno a norma degli articoli 70 e 71 del Codice: e l'art. 100, prevedendo anzi la possibilità che lo sposo cittadino non abbia residenza nel Regno, dispone che le pubblicazioni debbano farsi nel Comune dell'ultimo domicilio. In questo caso, è necessario che lo sposo faccia constare la sua libertà di stato nel tempo che dimorò all'estero (Decr. Ordin. st. civ. art. 75).

Gli articoli 31, 36, 37 e seguenti della legge consolare contengono diverse disposizioni relative alle pubblicazioni ed ai registri pei matrimonii contratti all'estero. Secondo l'art. 36, oltre alle pubblicazioni

che, a termine degli articoli 70, 71 e 100 del Codice civile debbono farsi nel regno, due altre pubblicazioni s'hanno da fare presso il consolato in due domeniche successive. L'atto rimane affisso alla porta della cancelleria nell'intervallo fra l'una e l'altra pubblicazione, per sei giorni successivi: e deve indicare dinanzi a quale ufficiale dello stato civile sarà celebrato il matrimonio. Le attribuzioni che l'art. 78 del Codice civile conferisce al Re od al procuratore del Re circa la concessione della dispensa dalla seconda pubblicazione, sono deferite dall'art. 37 della legge consolare al console. Più ancora, il governo può, con decreto reale, da inserirsi nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, delegare ai consoli residenti in lontani paesi la facoltà di dispensare per cause gravissime: 1.° da amendue le pubblicazioni che devono farsi nella residenza del consolato, mediante però un atto di notorietà, conforme al disposto del primo capoverso dell'art. 78 del Codice civile: 2.° dalle pubblicazioni che devono farsi nel Regno, purchè gli sposi risiedano da oltre un anno nel distretto del consolato: 3.° anche dall'impedimento di età di cui all'art. 55 del Codice civile (Legge consolare, art. 39).

La celebrazione del matrimonio deve aver luogo nella casa consolare, e pubblicamente, innanzi al console del distretto nel quale uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, osservate in tutto il resto le altre formalità prescritte dal Codice civile.

In caso di rifiuto del console di procedere alle pubblicazioni, ovvero di celebrare il matrimonio, le parti che lo credono ingiusto presentano alla cancelleria consolare un ricorso, il quale nei modi ordinari è rimesso al procuratore del Re presso il tribunale

del luogo di domicilio del reclamante, onde promuova dal tribunale in camera di consiglio i provvedimenti opportuni. Il decreto poi del tribunale viene colla stesso mezzo trasmesso al console, che lo fa notificare agli interessati.

Quando vi siano opposizioni alla celebrazione del matrimonio, devono essere risolte dal tribunale del luogo di domicilio dello sposo, salvo che questi risieda in uno dei paesi nei quali è concesso ai consolati l'esercizio della giurisdizione contenziosa: nel quale caso l'opposizione si porta dinanzi al tribunale consolare (Legge consolare, articoli 39, 40, 41). Il regolamento 7 giugno 1866 per l'esecuzione della legge consolare ne completa le disposizioni relative ai matrimonii all'estero, negli articoli 186 — 190: e stabilisce fra le altre cose che la facoltà di dispensare in cause gravissime dall'impedimento d'età, di cui all'art. 55 del Codice civile, è accordata ai consoli residenti nelle Antille, nelle Americhe e nelle isole e contrade a ponente delle Americhe fino al Capo di Buona-Speranza inclusivamente; e che la facoltà di dispensare da entrambe le pubblicazioni che devono farsi nel consolato e da quelle che devono farsi nel Regno, secondo il prescritto dell'art. 100 del Codice civile, è accordato tanto ai consoli residenti nei luoghi sopra indicati, quanto a coloro che risiedono in Turchia e nei paesi fuori d'Europa. Tutti però hanno l'obbligo, ogni volta che faranno uso di queste facoltà, di darne avviso volta per volta al ministero degli affari esteri, significandogli i motivi per cui avranno creduto conveniente di accordare le dispense di cui è discorso.

Una controversia che si agita vivamente in Fran-

Digitized by Google

cia è se le formalità stabilite dall'art. 100 del Codice civile e dagli articoli surriferiti della legge consolare, relativamente alle pubblicazioni, siano richieste sotto pena di nullità. Il nostro Codice la risolve negativamente: infatti, la celebrazione del matrimonio senza le prescritte pubblicazioni precedenti è vietata bensì dal nostro Codice; ma il divieto non è accompagnato da minaccia di nullità, sibbene di una pena (art. 123). Questa interpretazione della legge ce la conferma in modo decisivo la relazione del Vigliani, nella quale troviamo le seguenti parole: « questo articolo (100) dichiara valido il matrimonio celebrato in paese estero tra cittadini, o tra un cittadino e uno straniero, purchè siano osservate le forme prescritte in quel paese e siano state eseguite nel Regno le pubblicazioni, secondo le norme del Codice civile.

« Da questa disposizione si potrebbe argomentare che il matrimonio del cittadino all'estero debba riputarsi nullo quando si fossero omesse le pubblicazioni nel Regno. Ma questa conseguenza, che fu ammessa dalla Francia, sarebbe eccessiva, poichè l'omissione delle pubblicazioni non rendendo nullo il matrimonio contratto nel Regno, ma assoggettando solo i trasgressori ad una multa, (art. 123) non sarebbe razionale che producesse la nullità del matrimonio contratto da un cittadino all'estero. E siccome le pubblicazioni nel Regno si dovrebbero fare nel luogo di residenza degli sposi, ed il cittadino che si trovi in estero paese, può non avere più residenza nello Stato, così si è provveduto a questo caso, ammettendo che le pubblicazioni si possano fare, in difetto di residenza, nel Comune dell'ultimo domicilio ».

Digitized by Google

170. Della trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimonii contratti all'estero.

La celebrazione di un matrimonio all'estero modificando sostanzialmente la condizione del cittadino, e producendo effetti che si manifestano nello Stato, la legge ha voluto che questo atto vi fosse reso ufficialmente noto: e perciò l'art. 101 dispone che il cittadino il quale ha contratto matrimonio all'estero debba, nei tre mesi del suo ritorno nel Regno, farlo iscrivere nei registri dello stato civile del Comune dove avrà fissato la sua residenza, sotto pena di una multa estendibile a lire cento. Secondo l'art. 104 del decreto sull'Ordinamento dello stato civile, l'ufficiale che trascrive un matrimonio celebrato all'estero deve immediatamente darne avviso al procuratore del Re presso il tribunale nella cui giurisdizione trovasi il Comune sopra indicato.

Si noti che questa non è la sola precauzione presa, onde far constatare in modo positivo nello Stato la celebrazione di un matrimonio all'estero; poichè l'articolo 368 del Codice vuole che gli agenti diplomatici e consolari trasmettano copia di tutti gli atti di matrimonio a loro consegnati o da loro ricevuti al Ministero degli affari esteri, per cura del quale si fanno pervenire all'uffizio dello stato civile dei Comuni dell'ultimo domicilio degli sposi (Vedi pure la legge consolare, articoli 33 e 35).

La trascrizione di cui parla l'art. 101 non è però necessaria quando gli sposi, ambedue cittadini, hanno celebrato il matrimonio dinanzi all'agente diplomatico

Digitized by Google

e consolare: sarebbe in questo caso perfettamente superflua, poichè, secondo l'art. 368 del C. C. e gli articoli 33 e 35 della legge consolare, l'agente è già obbligato a trasmettere egli stesso gli atti ricevuti. E neppure è necessaria la trascrizione per la donna cittadina che all'estero si marita con uno straniero; poichè col solo fatto del matrimonio, essa cessa di essere cittadina (art. 14). Il termine poi di tre mesi per far eseguire la trascrizione non è perentorio, poichè può avere luogo anche posteriormente, a qualunque epoca sia, anche dopo la morte di uno degli sposi. Però, dopo i tre mesi, non può eseguirsi che in forza di un'autorizzazione del tribunale.

Ma quali sono gli effetti dell'inosservanza dell'articolo 101? O, in altri termini, che avverrà se il matrimonio non è trascritto sui registri dello stato civile, tre mesi dopo il ritorno degli sposi nel Regno? Il matrimonio sarà esso nullo? Il Codice non contiene dichiarazione alcuna, da cui scaturisca la nullità: e siccome questa non si presume, ma deve risultare da un testo positivo, così è esclusa da ogni interpretazione dell'art. 101.

È egli a dire che il precetto della trascrizione sia egli spoglio d'ogni sanzione civile o penale, all'infuori delle 100 lire di multa, di cui l'art. 101? Delvincourt (vol. 1) esaminando l'art. 171 del Codice Napoleone, che corrisponde al nostro art. 101, si esprime nel modo seguente: « sebbene la legge non abbia pronunciata la pena di nullità per la inosservanza di questa formalità, penso nondimeno che, in questo caso, il matrimonio non essendo conosciuto in Francia, non avrebbe alcun effetto civile riguardo ai francesi, od ai beni situati in Francia: che per conseguenza, i fi-

Digitized by Google

gli nati da questo matrimonio non potrebbero ereditare dei beni suddetti, a pregiudizio degli altri parenti francesi: che non potrebbe servire di motivo per far annullare un secondo matrimonio contratto in Francia prima della disposizione dell'altro. Ecco, conchiude il giurisconsulto francese, la distinzione che stabilirei; se il matrimonio è stato trascritto nel termine voluto, produce gli stessi effetti che avrebbe, se fosse celebrato in Francia: se no, non ha effetto che dal giorno della trascrizione (giudiziale) e non può pregiudicare agli atti e ai diritti fatti prima ».

A prima vista, la teoria del Delvincourt, benchè severa, non ha nulla che repugni allo spirito generale della legge: quando si pensi, d'altronde, alle ragioni che esigono la maggiore pubblicità possibile del contratto matrimoniale, si comprende come si sia creduto naturale guarentirne l'esecuzione mediante una seria sanzione. Ma dinanzi al chiaro testo della legge, dinanzi sopratutto al disposto del nostro articolo 101, che riduce a una multa estendibile a lire 100 la pena della inosservanza, la teoria del Delvincourt non è in alcun modo applicabile sotto l'impero del nostro Codice.

Se la controversia può aver luogo in Francia, dove l'art 171 non contiene la sanzione finale aggiunta al nostro art. 101, presso di noi non v'è la stessa ragione. E neppure in Francia, del resto, si dà alla violazione del precetto della trascrizione, tanta severità di conseguenze. Infatti, Delvincourt è solo nella sua opinione: mentre Merlin (*Mariage*), Toullier, (Vol. I, 579), Duranton (Vol. 2, n. 240), Demolombe (n. 228), Vazeille (Vol. 1, n. 190), Dalloz (*Mariage*, 397) e la maggior parte dei giurisconsulti francesi ammettono l'intiera validità del matrimonio e de' suoi effetti

Digitized by Google

malgrado la trascuranza dell'obbligo della trascrizione: e solo alcuni ritengono che questa trascuranza impedisce alcuni effetti, come, per esempio, quello dell'ipoteca legale: la quale ultima soluzione non mi parrebbe contraria, se non alla lettera, certo allo spirito della nostra legge.

171. Come si prova il matrimonio contratto all'estero.

Le prove del matrimonio, sia esso contratto all'interno od all'estero, sono regolate da alcuni principii generali che devono essere sempre applicati: e il disposto del capo VII sulle del titolo prove della celebrazione sono, può dirsi, il diritto comune.

È però evidente che pei matrimonii contratti all'estero vi sono regole ed esigenze speciali, delle quali bisogna tener conto: stabilire un principio assoluto è cosa impossibile. Ciò che prevale sempre è la massima: *locus regit actum*. Ma quanto alle applicazioni, è mestieri tener conto delle mille circostanze diverse nelle quali si tratterà di applicarla. Si può, per esempio, essere più o meno severi nello apprezzamento della validità delle prove, secondo che si tratti di matrimonii celebrati in paesi colti o in paesi barbari.

La giurisprudenza francese ha sancito con autorevoli giudicati queste norme: e basta citarne alcune, per fornire una guida direttiva attraverso le incertezze a cui può dar luogo la diversità infinita dei mezzi di prova a cui è mestieri ricorrere per constatare in modo efficace la celebrazione del matrimonio: e giova notare che il testo della legge francese, per la cui interpretazione sono state pronunciate le

Digitized by Google

massime di diritto che sto per referire, è conforme presso a poco al testo della nostra.

È stato dunque giudicato, sotto l'impero del Codice Napoleone 1.° che per la validità e la prova di un matrimonio contratto in paese estero basta che gli atti che lo constatano siano conformi alla legge del paese in cui venne celebrato: così, un matrimonio è validamente celebrato all'Avana, in presenza di due o tre testimoni, quando anche questi non abbiano firmato (Cassazione francese, 16 giugno 1829): 2.° che la legge non avendo determinato la maniera di conoscere o di applicare una legge o una giurisprudenza straniera, i tribunali francesi, per dichiarare che la legge straniera è stata seguita, possono fondarsi sopra un certificato rilasciato da un vescovo straniero: che non sono punto obbligati di ordinare essi stessi un'informazione presso le autorità del paese (stessa sentenza); 3.° che il matrimonio celebrato in paese estero è sufficientemente provato dal certificato del ministro che ha dato agli sposi la benedizione nuziale, quando non esiste, nel paese ove il matrimonio ebbe luogo, nessun'altra maniera per constatarne la celebrazione (Corte di Parigi, 15 giugno 1815).

Ma la decisione più notevole in questa quistione è la sentenza (che ho già citata in altra occasione) della corte di Cassazione di Francia, la quale sancisce il principio seguente: che un Tribunale francese, avendo a giudicare la quistione di legittimità di più figli nati nello Stato di Pensilvania da un francese e da una francese viventi insieme, in applicazione della legge di questo Stato americano dove è ammesso che la prova del matrimonio risulta legalmente, senza il soccorso di un alto scritto qualsiasi, della coabita-

zione e dalla reputazione, quel tribunale ha diritto di apprezzare i fatti e gli atti da cui induce l'esistenza di queste due condizioni, senza che il suo apprezzamento cada sotto la censura della Corte di cassazione. (2 dicembre 1841). È da notarsi che la Corte d'appello di Bordeaux ha tosto seguito la Cassazione in questa via, con una sentenza del 14 marzo 1849, in cui era dichiarato che il disposto della legge che dichiara valido il matrimonio contratto all'estero, se venne celebrato secondo le forme che vi sono in vigore. si applica anche ai casi nei quali, come avviene nello Stato di New-York la legge non esige alcun atto scritto ma si contenta della coabitazione e del possesso di stato di sposo legittimo (Dalloz, *Mariage*, 399).

Queste massime di giurisprudenza chiariscono con la massima precisione le norme da seguire nel giudicare il valore delle prove dei matrimonii contratti all'estero: senza dubbio, si deve procedere con rigore nell'esaminare atti e documenti; ma, come già fu detto, è soprattutto necessario misurare il grado di severità di questo esame col grado di civiltà del paese da cui vengono le prove.

172. Del matrimonio dello straniero nel Regno.

Il principio sancito dall'art. 6 del titolo preliminare del Codice regola lo stato e la capacità non solo del cittadino che va all'estero, ma anche dello straniero che viene nel Regno. È dunque naturale che, quando questi intende contrarvi matrimonio, la sua capacità civile a quest'atto sia determinata, non già dalle nostre leggi, sibbene da quelle del suo

Digitized by Google

paese. Questa è la regola generale; essa non riceve altre restrizioni se non quelle che sono originate da ragioni di ordine pubblico o di bnon costume. Infatti, gli è appunto per queste ragioni che lo' straniero è soggetto agli impedimenti stabiliti dalle nostre leggi, anche a quelli che nel suo paese non esistessero.

Qui si ripresentano due quistioni già toccate nell'esame del titolo preliminare; la prima, se gli impedimenti che la nostra legge non riconosce, ma che sono ammessi dalle leggi del paese a cui appartiene lo straniero, sono tutti validi anche fra noi: e la seconda, se lo straniero divorziato secondo le leggi del suo paese possa contrarre un nuovo matrimonio, benchè il primo non sia stato sciolto secondo alcuni dei modi che il nostro Codice riconosce. In questa seconda questione, sciolta oggimai dai giurisconsulti e dai tribunali in senso affermativo, non ho nulla da aggiungere a quanto ne dissi nella lezione VI. Mi limito quindi ad esaminare la prima.

Il nostro Codice ha escluso ogni impedimento religioso: e gli ordini ecclesiastici non tolgono la capacità di contrarre matrimonio. Or poniamo che un monaco od un prete romano o spagnuolo voglia contrarre matrimonio fra noi: l'incapacità che lo colpisce nel suo paese lo accompagna essa nel Regno? Merlin (v.° *Mariage*). e Demolombe (*Traité des lois*) rispondono affermativamente; e gli negano in modo reciso la facoltà di contrarre matrimonio. Le leggi del Regno sono pei cittadini: lo straniero, finchè è straniero, deve ubbidire alle leggi del suo paese.

Il nostro art. 100, a prima vista, viene in appoggio di questo sistema: « lo straniero, dice esso, che voglia contrarre matrimonio nel Regno, deve

Digitized by Google

presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che *giusta le leggi da cui dipende, nulla osta* al divisato matrimonio ». Ora, le autorità competenti a Roma e in Ispagna, dove il matrimonio è celebrato secondo i precetti del Concilio tridentino, sono le autorità ecclesiastiche: giammai, per conseguenza, lo straniero vincolato da voti religiosi potrà ottenere un certificato il quale constati che, secondo le leggi del suo paese, nulla osta al matrimonio che egli vuole contrarre.

Queste ragioni sono gravissime: debbono esse venire considerate come decisive? Non mi pare: ed ecco quelle che, a mio avviso, si possono contrapporre nel senso della tesi opposta, che credo più conforme ai principii generali del diritto internazionale privato.

Anzitutto, abbiamo l'art. 12, secondo il quale tutte le leggi straniere che siano contrarie all'ordine pubblico non hanno forza fra noi: ora, se c'è instituzione essenzialmente d'ordine pubblico è quella del matrimonio, del quale il legislatore ha determinato le condizioni essenziali e fondamentali. Il nostro Stato non può farsi quindi esecutore di precetti e d'impedimenti ad un atto di diritto naturale che non siano sanciti da lui.

In molti degli Stati presso i quali vige la schiavitù, è interdetto il matrimonio agli schiavi. Poniamo che uno di questi venga fra noi: evidentemente, egli non ci reca capacità di sorta. Eppure, se vogliamo strettamente applicare l'art. 6 del titolo preliminare del Codice e gli articoli 102 e 103 del Codice stesso, dovremmo considerarlo, non come una persona, sibbene come una cosa. Ma il nostro diritto pubblico

rispinge inesorabilmente la schiavitù: lo straniero schiavo, sia bianco o nero, che mette il piede nel nostro Stato diventa *ipso facto* persona *sui juris*, e capace a tutti gli atti della vita civile come ogni altro straniero che sia stato sempre libero. Il nostro art. 12 del titolo preliminare autorizza a considerare come non esistenti le leggi relative alla sua incapacità come schiavo.

Perchè questo stesso principio non è da applicarsi ad una ingiusta eccezione al diritto comune? Perchè lo Stato, potere esclusivamente civile, si farà giudice di quistioni ecclesiastiche? Perchè l' ufficiale dello stato civile, invece di seguire le leggi civili, consulterà i testi del Consiglio di Trento? È con quale competenza li interrogherà egli? E perchè manterrà viva per lo straniero quella confusione fra Chiesa e Stato che ha cessato di esistere pei cittadini? Perchè, in una parola, lo Stato si farà esecutore di leggi e di instituzioni che ha condannate per sè?

Se si trattasse di grandi interessi internazionali collegati all'esecuzione di queste leggi estere, comprenderemmo ancora che, per evitare conflitti, e per ispirito di concordia, si tenesse fermo l'impedimento; le ragioni di diritto pubblico prevarrebbero su quelle del privato. Ma questa è puramente quistione di ordine civile: e può essere risolta nel senso più liberale, senza che ne sorgano difficoltà di sorta; e deve esserlo, non fosse altro, che per omaggio alla generosa e savia massima proclamata dall'art. 4 del titolo preliminare del Codice, secondo il quale « le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti, o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ». Qui

Digitized by Google

non si parla di cittadini o di stranieri; la massima è applicabile a tutti: e vi sarebbe qualche cosa di odioso nell'infliggere allo straniero una restrizione dei diritti a cui è sottratto il cittadino del Regno.

Le forme colle quali lo straniero può celebrare il suo matrimonio sono diverse: e secondo queste si presenterà il caso della ammissione o no degli impedimenti religiosi portati dalla legge del suo paese.

Il matrimonio ha egli luogo fra due stranieri appartenenti allo stesso paese? Se le loro leggi vogliono il matrimonio religioso, nulla osta a che il sacerdote celebrante rifiuti di prestare l'opera sua a quello dei futuri sposi che è vincolato da voti religiosi. Se un solo degli stranieri appartiene ad un paese dove il matrimonio è regolato dal Concilio di Trento, mentre l'altro è italiano, o appartiene ad un paese nel quale sia in vigore il matrimonio civile? E in questo caso, la celebrazione dovendo aver luogo secondo le leggi nostre, per la massima *locus regit actum*, sono da applicarsi esclusivamente le regole del nostro diritto civile.

Si potrà obbiettare che, con questa interpretazione, si arriverebbero ad annientare gli effetti dello statuto personale, poichè ciò che si dice degli impedimenti religiosi bisognerebbe applicarlo a tutti quelli altri che le leggi del paese dello straniero possono contenere, come sarebbe l'età; per esempio, in un paese il figlio non potrà contrarre matrimonio senza il consenso dei genitori, fino a trent'anni: la nostra legge mette il termine a venticinque: se ne dovrà conchiudere che la nostra legge deve prevalere sulla straniera?

Ma io rispondo che qui non si tratta d' impedimento

Digitized by Google

religioso, pel quale l'ufficiale pubblico è incompetente, bensì di una condizione strettamente civile, che l'ufficiale può perfettamente apprezzare: non si esce dal terreno della legge laica; non si tratta di consultare trattati di teologia, o canoni ecclesiastici, ma leggi positive civili, delle quali è interprete perfettamente autorevole e competente l'ufficiale dello stato civile.

In conclusione, il principio che lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge del paese a cui il contraente appartiene dev'essere inteso nel senso che si tratti di tutte quelle condizioni ordinarie di capacità e di stato che sono, a così dire, di diritto naturale e universale. Ma nella stessa maniera che non si ammetterebbero impedimenti fantastici o irrazionali, che risultassero dalle leggi di paesi rozzi, così non si può riconoscere la validità dei vincoli religiosi, che non hanno fondamento su nessun principio di ragione civile.

Poco rimane a dire sulle formalità che deve eseguire lo straniero il quale voglia contrarre matrimonio nel Regno: sono presso a poco quelle cui è soggetto il cittadino che contrae matrimonio all'estero. L'art. 103 non si occupa di quelle che sono da eseguirsi nel Regno, quando lo straniero vi abbia residenza nel qual caso egli deve far seguire le pubblicazioni secondo il disposto della legge.

Digitized by Google

LEZIONE XXVII.

DELLE DOMANDE PER NULLITÀ DI MATRIMONIO

173. Teoria delle nullità in materia di matrimonio.

Se c'è materia difficile a ridurre in formole generali e precise, è sicuramente quella della nullità in materia di matrimonio. È, per esempio, principio di diritto che ciò che è fatto contro il disposto della legge, sia nullo e senza effetto, a meno che non si tratti di legge alle quali sia permesso di derogare con private convenzioni. Il matrimonio è un instituto di ordine pubblico e alle leggi che lo governano non si può derogare: ne dovrebbe quindi venire la conseguenza che ogni violazione ai precetti a cui è sottomesso dovrebbe portare la nullità. Ma non avviene così. In molti casi è bensì pronunciata formalmente la nullità; ma in altri la legge si limita a formolare la regola, senza dir quale sarà l'influenza della violazione sulla validità del matrimonio. Gli è in questi casi che cominciano i dubbi: e sebbene il nostro Codice sia più preciso del francese. nondimeno lascia ancora alle incertezze ed alle interpretazioni un campo così vasto che i lamenti dei giurisconsulti più autorevoli su questo argomento non hanno perduto molto della loro opportunità.

Digitized by Google

Una specie di teoria generale è stata oggimai adottata, benchè non abbondi di rigorosa precisione scientifica; ed è quella, che fa una distinzione fra matrimonio inesistente e matrimonio esistente, ma annullabile: Marcadé (*Observat. prél. sur le chap. 4 du titre du Mariage*), Zachariae (I, 169) Demolombe (*du Mariage*, 239, 240) Dalloz (442) hanno accettata questa distinzione, fondata non meno in diritto che in fatto; ma venne respinta da Toullier (I, 601) e da Duranton (II, 263). Senza dubbio, non ci dà una giuda sicura per determinare i caratteri essenziali del matrimonio nullo, perchè inesistente, e il matrimonio esistente, ma annullabile: ma le linee generali ce le fornisce: e l'esempio citato sovente dai giurisconsulti francesi, e presentatosi più d'una volta in tribunale, chiarisce con sufficiente esattezza la distinzione. Parlo del caso in cui un matrimonio sia stato celebrato dinanzi a una persona qualunque, sprovvista d'ogni carattere pubblico, la quale abbia usurpato le funzioni di ufficiale dello stato civile. Qui avremo non già un matrimonio annullabile, ma un matrimonio inesistente, perchè non ve ne fu affatto; fu recitata una commedia, null'altro. L'ufficio del tribunale in questo caso non è già di *pronunciare*, ma di *dichiarare* la nullità, anzi la inesistenza di questo preteso matrimonio.

Poniamo invece che si tratti di un matrimonio celebrato regolarmente, ma viziato da incesto o da bigamia; si ha allora un vero matrimonio, benchè colpito di nullità insanabile: però esiste finchè non sia annullato.

Questa distinzione non è già un mezzo adoperato per semplificare le controversie; ma produce effetti positivi e sostanziali. Quando un matrimonio è radi-

Digitized by Google

calmente nullo, perchè inesistente, non è necessario, rigorosamente parlando, che una sentenza lo annulli: tutti coloro, senza eccezione, a cui questo matrimonio sia opposto, hanno diritto di contestarne l'esistenza legale: e se i tribunali possono essere chiamati a giudicare la controversia, si è unicamente perchè questo è il solo mezzo di mettervi un termine regolare, non essendo concesso a chicchessia farsi giustizia da sè medesimo: ma, bisogna ripeterlo, non si annulla il matrimonio, perchè il nulla non ha bisogno di essere annullato: il tribunale dichiara semplicemente che non v'è matrimonio, e constata la realtà legale. — Quando invece un matrimonio è solamente annullabile, esso produce i suoi effetti legali finchè la nullità non sia stata regolarmente pronunciata, sull'azione delle persone che hanno il diritto di domandarle, e per le cause che sono ammesse dalla legge. Non è mestieri far risaltare la differenza immensa che v'è fra queste due specie di nullità (Dalloz, *Mariage*, 442 — Demolombe, 239, 240).

Quando adunque si dice che un matrimonio è inesistente, nullo di pien diritto, si espone questa idea, che è un matrimonio colpito di nullità assoluta, radicale e perpetua, nullo per tutti e sempre: – nullo per tutti, perchè chiunque vi abbia interesse ha qualità per farne pronunciare la nullità: — nullo per sempre, perchè, a qualunque epoca s'invochi, la persona a cui si oppone può sempre considerarlo come inesistente: può respingerlo anche quando avesse anteriormente rinunciato a questo diritto: una tale rinuncia non è, di fatto, che una ratifica: ma questa ratifica è impotente. Non si può ratificare se non ciò che è imperfetto: nel caso di un matrimonio simile, non ab-

biamo un atto imperfetto; non abbiamo atto di sorta.

Non così avviene di un matrimonio irregolare, che è solamente annullabile, perchè viziato dalla mancanza di qualche condizione voluta dalla legge; la sua nullità è puramente condizionale: e quella delle parti di cui offende gli interessi ha contro questo matrimonio un'azione che è padrona di esercitare e di abbandonare. Se sceglie il primo partito, il matrimonio la cui nullità è stata verificata e pronunciata in giustizia, deve essere considerato come se fosse stato nullo *a priori*. Ma se, malgrado la nullità intrinseca del matrimonio, nessuno agisce per farla pronunciare, esso è sempre valido, come se fosse stato sempre esente dal vizio che, fin da principio, s'era reso imperfetto ed annullabile (Mourlon, I, 647).

Ma vi sono delle nullità di carattere assoluto, che tutti hanno diritto di far valere, benchè non siano perpetue, e si possano sanare col tempo: e queste sono le nullità miste, cioè, assolute e temporanee.

Possiamo dunque dividere le nullità in tre classi: assolute e perpetue — relative e temporanee — assolute e temporanee.

174. Dei matrimoni nulli di pien diritto e delle persone che possono domandare la nullità.

Due sono i caratteri particolari delle nullità assolute, quelle, cioè che viziano talmente un matrimonio che è considerato come se non avesse mai esistito: il primo è che la causa di nullità sia esplicitamente determinata dalla legge: e il secondo, che tutti coloro i

Digitized by Google

quali vi abbiano un interesse legittimo ed attuale possono inpugnarlo. Esaminiamoli partitamente.

Quali persone possono domandare la nullità di un matrimonio inesistente? L'art. 104 è concepito nei termini seguenti: « il matrimonio contratto in contravvenzione agli articoli 55, 56, 58, 59, 60 e 62 può essere impugnato dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal Publico Ministero e da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale. Dalle stesse persone può essere impugnato il matrimonio celebrato dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei voluti testimonii. Decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio, la domanda di nullità per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile non è più ammessa ».

Il principio è dunque nettamente formolato: chiunque vi abbia interesse (senza interesse si capisce che non vi sia azione) ha qualità per agire. E si noti che la legge ha voluto determinare essa stessa qual genere d'interesse si richiede in chi vuole proporne la nullità: dev'essere un interesse legittimo ed attuale. Legittimo; — un interesse non riconosciuto dalla legge, o non legalmente constatato, non è sufficiente per costituire la qualità voluta dall'art. 104. Attuale; — non basta che il matrimonio che si vuole impugnare abbia offeso una persona nelle di lei speranze o ne' suoi diritti eventuali, perchè essa possa agire: l'interesse in nome del quale può aver diritto ad agire dev'essere nato ed attuale. Chiunque non possa provare che l'esistenza di quel matrimonio è una lesione ai propri diritti, legittimi ed attuali, non ha ombra di facoltà per impugnarlo, quando anche il vizio che lo infetta fosse della più grande evidenza. Precisando così la

Digitized by Google

condizione dell'interesse che apre il diritto per domandar la nullità, l'art. 104, come opportunamente lo nota il relatore del Senato, ha posto termine alle ambiguità ed alle controversie che sorsero in proposito nella dottrina e nella giurisprudenza francese.

Ma quali sono le persone ché, possedendo i requisiti previsti dall'art. 104, possono impugnare il matrimonio? Sono: gli sposi: — lo sposo il cui conjuge ha contratto un secondo matrimonio: — gli ascendenti: — in certe condizioni, i parenti collaterali, i figli nati da un altro matrimonio: — i creditori degli sposi: — il Pubblico Ministero.

1.° — *Gli sposi* — Gli sposi occupano naturalmente il primo luogo: non sono essi i più direttamente e i maggiormente interessati? Ciascuno d'essi, unitamente o separatamente, può impugnare la validità del matrimonio contratto. Anzi, può impugnarlo quel conjuge stesso che lo avesse contratto di mala fede. Poniamo il caso della bigamia: quello dei due che se ne è reso colpevole può allegarne la nullità: non è qui il caso di applicare il vecchio detto, *nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem: neque ex proprio dolo consequi potest actionem.* Queste massime, osserva giustamente Pothier (*Contr. de mariage*) sono perfettamente giuste e applicabili ogni qual volta si tratti dell'interesse particolare dell'attore: ma la domanda di nullità del matrimonio di un bigamo implica altri interessi preponderanti; quello del conjuge ingannato, e quello della società e della pubblica onestà, cui si recherebbe grave jattura se si mantenesse in vigore un matrimonio condannato dalla morale e dalle leggi. Lo sposo colpevole può essersi pentito del male fatto e volerlo riparare; perchè non ne avrà il diritto?

Digitized by Google

Tanto più poi si dovrà riconoscerglielo, quando il reato di bigamia fosse stato da lui commesso per ignoranza, o, se si vuole anche, per imprudenza o per leggerezza.

Ho detto che ciascuno degli sposi ha facoltà di agire: aggiunga che l'ha sempre e in ogni caso. Così, se il matrimonio fosse nullo, perchè uno degli sposi non ha l'età voluta dalle leggi, la nullità può essere proposta tanto dallo sposo pubere come dall'impubere.

2.° *Lo sposo il cui coniuge ha contratto un secondo matrimonio.* — Il suo diritto è esplicitamente formolato dall'art. 113, secondo il quale « il coniuge può in qualunque tempo impugnare il matrimonio dell'altro coniuge ». È chiaro: dal momento medesimo della celebrazione del secondo matrimonio, il primo coniuge, a cui si toglie il suo stato, ha un interesse legittimo ed attuale per far pronunciare la nullità: e per conseguenza può formare immediatamente la sua domanda. Ma siccome allora solo può considerarsi come assolutamente nullo il secondo matrimonio, quando il primo sia valido, così il secondo inciso dell' articolo 113 vuole che, ove venga opposta la nullità del primo matrimonio, tale opposizione debba essere preventivamente giudicata. La nullità o la validità del secondo dipende tutta dalla soluzione di questa quistione pregiudiziale.

3.° *Gli ascendenti* — L'art. 82 avea già riconosciuto agli ascendenti il diritto di opporsi al matrimonio dei loro figli, per motivi ammessi dalla legge: or tanto più dovea riconoscere loro quello d'impugnarlo, ogni volta che si tratta di nullità assoluta. Nè è necessario che abbiano un interesse pecunario per agire: vi sono interessi morali non meno preziosi, anzi, più sacri dei pecuniarii

Digitized by Google

e sono quelli della solidarietà d'affetto e d'onore che legano le famiglie tra loro, e che la legge a più riprese riconosce e sancisce. Anzi, il loro diritto sussiste anche quando avessero dato un pieno consenso al matrimonio di cui vengano poi a domandare l'annullamento. Come ben dice Mourlon (I, 661), la bigamia, l'incesto e la clandestinità sono causa di così gravi disordini sociali, che la legge, per raggiungere più sicuramente il suo scopo, ha dovuto accordare il diritto di mettere fine allo scandalo anche a coloro che, scienti o no, hanno concorso a produrlo.

È da notare che l'art. 104 parla di *ascendenti prossimi*: se avesse voluto riconoscere il diritto di agire solamente ai genitori, si sarebbe chiaramente spiegato: evidentemente, l'art. 104 ha bisogno di essere completato col disposto dell'art. 82: nell'uno come nell'altro accenna ad una azione successiva: se vi sono i genitori, essi soli hanno facoltà di agire o di non agire: ove però essi non movessero passo, per evitare scandali, o per altra ragione, gli avi e le avole non hanno diritto di intervenire in loro vece.

Nè si può dire che, con questa disposizione, un matrimonio nullo rimarrebbe protetto, poichè gli ascendenti possono dirigersi al Pubblico Ministero, e farlo agire: questi ha sempre qualità per agire in simile quistione.

4.° I *collaterali e i figli nati da un altro matrimonio* — Il diritto degli ascendenti ha il suo fondamento nell'unità domestica, nell'interesse che scaturisce dall'affetto presunto dei genitori o degli avi pei figli. Questa presunzione non esiste in ugual forza pei collaterali, che sono generalmente considerati dalla legge con diffidenza. Il loro interesse, come parenti, è, non

Digitized by Google

morale, ma pecuniario; cioè un interesse di successione: e questo non comincia ad esistere se non alla morte del loro parente; per cui nella sola qualità di parenti non hanno facoltà d'impugnare il suo matrimonio, finchè vive. Allora solo hanno diritto di agire quando pretendono raccogliere la sua successione, escludendo i figli nati dal matrimonio di cui domandano l'annullamento. Non è dunque come parenti che agiscono, ma come eredi. Il loro diritto non è legittimo ed attuale se non quando è aperta di fatto la successione.

Lo stesso può dirsi, e per le stesse ragioni, dei figli nati da un altro matrimonio. Il loro diritto comincierà ad esistere quando, morto lo sposo di cui sono eredi, possono agire per domandare la nullità del matrimonio contratto a pregiudizio loro.

5.° *I creditori* — La donna maritata cade, pel solo fatto del matrimonio, in una specie d'inabilitazione che le interdice la facoltà di obbligarsi e di obbligare al di là dei semplici atti di amministrazione. Può dunque avvenire che i creditori abbiano interesse a far annullare un matrimonio, la cui esistenza potrebbe dar luogo ad una rescissione di un contratto fatto dalla donna senza autorizzazione (articoli 134, 137, 1106): essi avrebbero un altro interesse per agire nel caso in cui, il marito non essendo solvibile, vogliano eliminare l'ipoteca legale che essa ha su' suoi beni, e in forza della quale sarebbe pagata prima di loro (art. 1969, 1982).

Si è discusso vivamente se questa seconda qualità d'interessi era sufficiente a dar diritto di domandare la nullità. Ma è una discussione senza scopo, dinanzi al testo dell'art. 104, il quale dichiara formalmente che possono impegnare il matrimonio nullo *tutti co-*

Digitized by Google

loro che vi hanno un interesse legittimo ed attuale.

6.° *Il Pubblico Ministero.* Ogni qualvolta si tratti di quistioni concernenti lo stato delle persone, il Pubblico Ministero ha, secondo le nostre leggi, il diritto e il dovere d'intervenire (C. di proc. civ., art. 346). Egli è incaricato di vegliare alla tenuta regolare dei registri dello stato civile (C. civ. art. 365): l'ufficiale dello stato civile che celebra un matrimonio deve darne prestamente avviso al procuratore del Re presso il tribunale nella cui giurisdizione trovasi il Comune in cui ciascuno degli sposi è nato (Decr. sull'ordine dello stato civ., art. 104) — Così, da tutto l'insieme delle nostre instituzioni civili risulta che il Pubblico Ministero ha qualità per intervenire sulle quistioni che concernono lo stato delle persone: e l'art. 104 del Cod. civ. conferendogli il diritto d'impugnare un matrimonio nullo, non fa che applicare le conseguenze dei principii generali che ne regolano le attribuzioni.

La sua azione è fondata sull'interesse sociale: egli deve agire, anche senza essere stato messo in moto da chicchessia, ogni qual volta gli consti che un matrimonio celebrato è in tale opposizione con le leggi civili da non poter essere mantenuto senza offesa alla pubblica moralità. Ma non bisogna dimenticare che lo scopo principale della sua azione, l'interesse che lo muove e da cui gli viene il diritto, è di mettere fine ad uno scandalo esistente: per cui, cessato questo, cessa nel Pubblico Ministero ogni ragione d'agire. L'interesse legittimo ed attuale, che la legge vuole come fondamento dell'azione di nullità ha la sua forza tanto per rappresentante della società come per ogni cittadino privato.

La conseguenza evidente di questi principii è che

Digitized by Google

l'azione di nullità che compete al Pubblico Ministero, conserva unicamente la sua forza durante la vita dei conjugi: ma la perde appena l'un d'essi muoja. Si tratta di bigamia? Sciolto il matrimonio, scompare il reato. Si tratta d'incesto? Risultando esso soltanto dalla esistenza del matrimonio, cessato questo non v'è più incesto. In ambi i casi, l'unica ragion d'azione dell'intervento del Pubblico Ministero è lo scandalo sociale cui dà luogo il matrimonio contratto contro le leggi: non essendovi più matrimonio, ha fine altresì lo scandalo; la società non ha più altro a chiedere.

Ed è precisamente in omaggio a questi principii, che l'art. 114 del Codice dispone che « l'azione di nullità non può essere promossa dal Pubblico Ministero dopo la morte di uno dei conjugi ».

Vi è perfino un caso in cui il Ministero Pubblico non potrebbe agire, sebbene ambedue i conjugi vivano ancora: è il caso in cui il vizio di bigamia da cui il matrimonio fosse infetto venisse a cessare colla morte del primo conjuge. In questo caso, nota giustamente Dalloz (519), lo scandalo che nasceva dalla coesistenza simultanea di due matrimonii ha fine collo scioglimento del primo. Sono dello stesso parere Duranton (II, 330), Demolombe (III, 310) ed altri.

Una regola importante sull'azione del Pubblico Ministero, è questa: che la legge non gli impone in modo assoluto l'obbligo di agire: egli *può*, dice l'articolo 104: con che si è voluto lasciare alla sua prudenza la cura di pensare a ciò che l'interesse pubblico esige dalla sua severità. Anzi, gli autori del Codice francese proclamarono formalmente questa regola: si legga il discorso di Boutteville al Tribunato (Fénet, IX, p. 207, 208). Portalis, a sua volta, diceva al Corpo

legislativo: « il Pubblico Ministero non deve mostrarsi se non quando il vizio del matrimonio è notorio. . . . Vi è spesso più scandalo nel procedimento intrapreso contro un delitto oscuro, antico o ignorato, che non ve ne sia nel delitto medesimo. (Fènet, IX, p. 171) ». Questa è parimente l'idea di Pothier. E la cura con cui l'art. 114 tronca l'azione del Pubblico Ministero appena il matrimonio sia sciolto conferma il senso restrittivo che le si deve dare nell'applicazione.

175. Delle cause per le quali si può impugnare un matrimonio nullo di pien diritto.

Le cause per le quali un matrimonio è colpito di nullità assoluta sono quelle che implicano la violazione di un principio essenziale d'ordine pubblico: esse sono quindi chiaramente determinate dalle leggi; e possono ridursi a cinque.

1.° *L'identità del sesso* — Veramente la legge non menziona questo motivo di nullità, tanto è evidente per se medesimo: ma qui si accenna unicamente perchè da qualche curioso processo che ebbe luogo bisogna ammettere la possibilità di matrimoni contratti fra due persone del medesimo sesso.

2.° *La bigamia, e l'esistenza di un matrimonio anteriore.* La legge interdice a chi è vincolato da un matrimonio precedente di contrarne un nuovo (art. 56): chi si rende colpevole di bigamia è colpito da pene speciali. Il matrimonio contratto da un bigamo è adunque infetto di nullità assoluta e irremediabile: tutti possono domandarlo, e sempre, ad eccezione del Pubblico Ministero, che, come abbiamo veduto, non può

Digitized by Google

più agire dopo la morte di uno dei conjugi, e neppure dopo la morte del primo coniuge. Ben inteso che chi allega la nullità per causa di bigamia deve provare l'esistenza di un matrimonio anteriore.

3.° *L'incesto*. Il matrimonio è nullo, se è contratto in contravvenzione alle disposizioni della legge che lo proibisce fra parenti od affini in certi gradi determinati. Poco monta che si tratti di matrimonio fra parenti od affini che, con dispensa, avrebbero potuto contrarlo: è nullo egualmente: nè le dispense ottenute dopo la celebrazione basterebbero a sanarne la nullità. Nella compilazione del Codice civile francese la sezione di legislazione aveva proposto che si facesse una eccezione per questo caso: ma la proposta fu rispinta. Le dispense non potendo essere accordate che per gravi motivi si è creduto, senza dubbio, che importava non lasciar alcuna speranza ai tentativi che si facessero per eludere l'esame dell'autorità incaricata di accordare le dispense, e per confermare dei matrimonii che essa non avrebbe permessi (Dalloz, 549—Demolombe, 233). Il nostro Codice ha aggiunto il vincolo adottivo alle altre cause di nullità assoluta derivanti dalla parentela.

4.° L'*incompetenza assoluta dell'ufficiale dello stato civile*. Bisogna distinguere l'incompetenza assoluta dalla relativa: è assoluta quella che risulta da ciò che colui che agì come ufficiale dello stato civile non aveva qualità alcuna per ciò: la relativa è quella che risulta per esempio, dal non aver adempiuto il precetto della legge sulla giurisdizione territoriale. Il matrimonio è nullo di pien diritto, o inesistente, nel primo caso: nullo, ma sanabile nel secondo, come sarà veduto più innanzi.

Digitized by Google

5.° *L'omicidio volontario commesso tentato o mancato sopra uno dei conjugi.* Questo motivo di nullità assoluta è un'innovazione del nostro Codice; è evidente, diceva con ragione il relatore del Senato, che non si possono tollerare matrimonii che siano viziati da siffatti impedimenti che sono incompatibili con l'ordine delle famiglie e colla morale.

176. Delle nullità relative: 1.° Della mancanza di consenso degli sposi.

Come più sopra si è detto, le nullità relative sono quelle che viziano bensì il matrimonio, ma che non possono essere invocate che da certe persone, cui la legge designa nominativamente, e che si coprono o con la ratificazione, cioè, colla rinuncia che fanno queste persone al diritto introdotto in loro favore.

Queste nullità sono quattro: 1.° mancanza di concorso di una o di ambedue le parti: 2.° errore nella persona: 3.° impotenza di un conjuge: 4.° mancanza di concorso delle persone che dovevano autorizzare il matrimonio.

Ciò che costituisce l'essenza stessa del matrimonio è il consenso delle parti: in questo contratto più che in ogni altro è necessario che i contraenti abbiano intera libertà di volere e piena coscienza dell'atto che fanno: le conseguenze irrevocabili che produce, aggravate dalla indissolubilità del vincolo conjugale, esigono che si spinga fino allo scrupolo il rispetto alla libertà di consenso delle parti. La legge doveva quindi colpire di nullità quel matrimonio che fosse viziato dalla mancanza di una condizione così esenziale: *nuptias,*

Digitized by Google

consensus, non comcubitus facit: e questa energica espressione del diritto romano contiene la più completa definizione dell'elemento costitutivo più importante del matrimonio.

« Il matrimonio, così l'art. 105, può essere impugnato da quello degli sposi, del quale non sia libero il consenso. Quando vi sia errore nella persona, l'azione di nullità può essere promessa da quello degli sposi che fu indotto in errore. » Esaminiamo queste due distinte disposizioni.

Secondo i principii di diritto comune, un contratto non è valido se fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo (art. 1108): applicando questi principii al contratto di matrimonio, nè viene che quello dei contraenti che non ha dato un consenso valido ha il diritto di domandarne la nullità, perchè mancante del requisito principale.

Le cause che possono viziare radicalmente il consenso al matrimonio, e aprire l'azione di nullità sono le seguenti:

1.° Che uno degli sposi non sia stato libero: 2.° Che vi sia stato errore nella persona.

Si noti anzitutto che l'art. 105 non riconosce il diritto d'impegnare un matrimonio infetto da uno dei due vizii indicati se non quello degli sposi che ne ha nocumento: nè gli ascendenti nè i collaterali, nè il Pubblico Ministero hanno qualità per agire per lui. Ed è naturale: chi è miglior giudice dello sposo leso della gravità del danno che gli può essere venuto dal matrimonio? Senza dubbio, la società è interessata a che i matrimonii si stringano con piena libertà di spirito; è un elemento prezioso di ordine e di armonia. Ma in che modo un estraneo, sia pure un

Digitized by Google

ascendente, può apprezzare e attestare positivamente l'esistenza e la gravità di fatti intimi come la violenza e l'errore? E se la sola persona cui la violenza o l'errore ha portato qualche pregiudizio, rinuncia al diritto di domandare la nullità del matrimonio, perchè le si vorrà imporre uno scioglimento che essa ha buone ragioni di non voler provocare?

La disposizione dell'art. 105 è dunque perfettamente giustificata: e importa aggiungere che l'azione da esso conferita è talmente personale agli sposi che non si trasmette punto per successione.

Ma che carattere deve avere la mancanza di consenso, per dar allo sposo che ne ha sofferto l'azione di nullità? Il dolo, per sè stesso, costituisce un vizio di consenso? In generale, la risposta è negativa. Non si ammette come lesivo della libertà di consenso se non quella violenza che sia tale da far impressione anche sopra una persona dotata di una fermezza ordinaria di mente. Ma uno il quale consenta, perchè obbligato ad optare fra due mali, sceglie il minore; colui che per leggere minaccie abbia dato la sua adezione: colui finalmente che avrebbe potuto, persistendo nel rifiuto, evitare il matrimonio, senza serio pericolo personale non è, secondo la maggior parte dei giurisconsulti, ammesso a domandare la nullità.

Quanto al dolo, per quanto sia evidente, è di raro considerato come bastante a viziare un matrimonio, anche quando sia provato che le macchinazioni e gli infrighi fatti furono tali che senza di essi il matrimonio non avrebbe avuto luogo.

Questo sistema, osserva Mourlon, può ferire in qualche caso particolare d'equità: ma venne reso necessario dalla sicurezza delle famiglie. Accade sovente

Digitized by Google

che le parti, disingannate sulle illusioni che si erano fatte, vorrebbero riprendere l'antica libertà: ora se il dolo fosse una causa di annullabilità del vincolo che esse hanno formato, non avrebbero mancato di dirsi vittime di qualche sorpresa o di qualche macchinazione: poche senza dubbio avrebbero potuto riuscire a provarle: ma questi attacchi avrebbero compromesso la solidità del matrimonio e gittato dei disordini nella società.

Ma questa argomentazione non regge. Quanto più è grave un contratto, quanto più sono irreparabile le sue conseguenze, tanto più dev'essere libera e sciolta la volontà delle parti. S'intende che non si vada tanto pel sottile nelle obbligazioni di lieve importanza, pecuniarie e simili: ma il contratto di mairimonio è così importante che non si può, senza vera iniquità, legittimare o coprire una violenza od un dolo qualsiasi che ne abbia macchiato l'origine. Se si avesse il divorzio, si possederebbe un mezzo di riparare i danni di un matrimonio sciagurato e immorale: ma col sistema della indissolubilità, bisogna spingere fino allo scrupolo il rispetto e le guarentigie per la libertà dei contraenti.

Si parla della sicurezza delle famiglie: ma qual sicurezza possono esse avere da matrimoni contratti in seguito a violenza od errore? Non sono invece fonti inesauste di lotte e di odii domestici? Si parla pure dell'interesse della società: ma questo esige che la più seria, la più preziosa delle instituzioni sociali sia fondata sull'armonia degli affetti, sulla libertà degli accordi.

Io credo, per conseguenza, che si debba respingere la dottrina generalmente professata, e difesa con

Digitized by Google

molto ardore dal Mourlon, dal Demolombe e dal Marcadé: e che si debba invece ammettere come norma di condotta che ogni qual volta risulta che un matrimonio sia stato macchiato da uno dei vizi che tolgono ogni validità ad ogni altro contratto, si debba applicare il diritto comune, quale è formolato dall'art. 1108.

177. Del matrimonio dell'interdetto.

Abbiamo già veduto che non possono contrarre matrimonio gli interdetti per infermità di mente; e che, ove sia stata soltanto promossa l'interdizione, si deve sospendere la celebrazione del matrimonio, finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunziato (art. 61): si è parimente veduto che l'interdizione dà motivo legittimo di opposizione (art. 82, 83), complemento naturale di queste disposizioni era quindi la nullità del matrimonio celebrato in violazione delle proibizioni sancite dagli articoli 61, 82 o 83. Infatti, secondo l'art. 112, il matrimonio di ch' sia interdetto per infermità di mente può essere impugnato dall'interdetto medesimo, dal suo tutore, dal consiglio di famiglia e dal Pubblico Ministero, se, quando è seguito, eravi già la sentenza definitiva d'interdizione, o se la infermità per cui la interdizione fu poscia pronunciata risulta esistente al tempo del matrimonio. L'annullamento però non può essere pronunciato, se la coabitazione abbia continuato per tre mesi, dopo rivocata l'interdizione.

Il primo che ha diritto ad impugnare il matrimonio seguito in onta alle proibizioni dell'art. 61, è lo sposo stesso che lo abbia contratto in istato di tale infermità di mente da legittimare l'interdizione. Vera-

Digitized by Google

mente, l'interdetto trovandosi sotto tutela, non potrebbe stare in giudizio, nè, quindi, promuovere l'azione di nullità. Ma nello stesso modo che si fece un eccezione, accordando la facoltà d'impugnare il matrimonio ai minori ed altri incapaci, così la Commissione di coordinazione giudicò opportunamente che si dovesse estendere anche all'interdetto quando abbia ricuperata la sanità della mente, o quando sia stata rivocata la sentenza d'interdizione (*Processi verbali della Commissione coordinatrice* n. 8).

Il secondo capoverso dell'art. 112 dispone che l'annullamento non possa più essere pronunciato se tre mesi dopo rivocata l'interdizione, i conjugi hanno continuato ad abitare insieme. Questa disposizione fu giustamente censurata, poichè la mancanza di consenso rende radicalmente nullo un simile matrimonio, e cessata l'infermità, l'acquescenza dei conjugi non può giovare a mantenerlo, richiedendosi per questo una nuova celebrazione. D'altra parte, ove anche si voglia vedere nella contrunità della coabitazione una ratifica di fatto del matrimonio, ognuno vede che il termine di tre mesi fissato dalla legge è troppo breve, perchè gli si si possano far produrre degli effetti irrevocabili.

Digitized by Google

LEZIONE XXVIII.

DELLE DOMANDE PER NULLITÀ DI MATRIMONIO

[segue]

---

178. Delle nullità relative: 2.° Dell'errore nella persona.

Gravissima causa di nullità del matrimonio è l'errore nella persona: ed anche per questa nullità nessuno può agire se non uno degli sposi, quello, cioè, che fu indotto in errore.

Ma che s'intende per « errore nella persona? » Questi sanno che gravi e complicatissime controversie ebbero luogo e continuano tuttavia in Francia per sapere quali elementi si richiedano a costituire l'errore nella persona. Si sperava che il nostro legislatore avrebbe sciolto in modo positivo ogni dubbio, significando i casi nei quali si doveva vedere questo motivo di nullità. Ma la speranza non fu realizzata. È ben vero che il relatore del Senato se ne preoccupò; ma non diede neppur esso una risposta soddisfacente. Ecco come si esprime; « trattando della nullità derivante da errore nella persona, il progetto diceva: — quando vi fu errore *essenziale* — L'addiettivo

Digitized by Google

essenziale, che fu probabilmente inserito nel progetto per dissipare le ambiguità e le dubbiezze che taluni pretesero trovare nelle espressioni — *errore nella persona* — adoperate nel Codice Napoleone (art. 180), è sembrato alla Commissione poter riuscir al risultato contrario, cioè, ad acrescere le incertezze, aprendo un nuovo campo a disputare, quale errore sia essenziale. Per questa considerazione si è soppressa la parola essenziale, collo intendimento che il solo errore che cade sulla identità della persona di uno dei contraenti dia luogo all'annullamento del matrimonio.

« L'errore sopra qualunque qualità, o fisica, o morale, o sociale della persona, non dovrebbe mai costituire un motivo di nullità del matrimonio ».

La spiegazione data dal Senatore Vigliani del senso che si deve dare alle parole « errore nella persona » è in aperta contraddizione collo spirito della legge; ed è oggimai abbandonata anche in Francia, come un errore evidente. Il valente giurista francese, Huc, nell'esame che intraprese del nostro Codice, dopo aver censurata vivamente la teoria del Vigliani, nota come esso abbia dimenticato la distinzione da farsi fra il caso in cui l'errore esclude il concorso, e quello in cui non lo distrugge ma lo vizia. Nel caso in cui l'errore porta sulla identità della persona, non v'è consenso affatto, perchè non v'è neppure matrimonio: v'è una vana apparenza, la cui inesistenza giuridica può essere opposta in ogni epoca e da tutti. La teoria vera del Codice in materia d'errore non può dunque essere che questa: – non è per caso che la locuzione « errore nella persona » è stata adoperata di preferenza all'altra « errore sulla persona » che pure pareva più naturale. Questa locuzione si riferisce ma-

Digitized by Google

nifestamente alle qualità chiamate dai canonisti *redundantes in persona*; cioè, talune essenziali o sostanziali, che sono in qualche modo integranti della persona, di guisa che l'errore sopra una di essa cade sulla persona. Queste qualità sono quelle che sono talmente aderenti alla persona, che la loro presenza è sempre presunta, di maniera che lo spirito non se ne preoccupa mai specialmente, poichè è portato a credere naturalmente che esse esistono. Ma appunto per questo, appunto perchè l'esistenza di queste qualità è presunta, tanto è naturale, la loro assenza fa che non si sarebbe sposata la persona, se si sapesse che ne era privata.

Un celebre canonista ha formolato assai felicemente questa idea: *Error circa qualitatem,* dice Van Espen, *dicitur redundare in personam, quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut implicite nolit personam, si ipsi desit qualitas in qua errat.* (*Iuris eccles. Pars sec. tit.* XIII, *cap.* III, n.° 5).

Le qualità principali che presentano questo carattere sono: lo stato civile — la nazionalità — la facoltà di generare — la libertà d'ogni vincolo religioso. L'errore che cadesse sopra una di queste qualità, e che sarà quasi sempre dovuto ad artifici fraudolenti, deve poter trarre seco la nullità del matrimonio (*in thesi*), a meno che le circostanze del fatto non dimostrino che la qualità su cui versa l'inganno era indifferente (*in hypothesi*).

In fatti, come giustamente l'osserva il già citato giurisconsulto francese, quando un matrimonio si conchiude, le investigazioni preliminari non si volgono mai intorno al possesso di queste qualità: la loro presenza è così ordinaria e così naturale che non si suppone mai che possano mancare. Quando un individuo

Digitized by Google

gode di uno stato civile apparente, che è reputato appartenere a quella data nazionalità, che vive come le persone laiche, quando in fine nulla fa sospettare che esso sia in uno stato d'impotenza, tutte queste condizioni si ammetteranno come provate nè si faranno richieste per assicurarsi della presenza di qualità così naturalmente inerenti alla persona. Quindi l'errore su queste qualità cade veramente, non *sulla persona*, ma *nella persona*. Queste qualità sono notevoli in ciò, che esistono o non esistono, ma non sono suscettibili di più o di meno.

Invece, le qualità secondarie o accidentali sono quelle che possono essere assenti o presenti, ma che sono suscettibili di più o di meno: esse riguardano il patrimonio della persona, la sua riputazione, la sua probità, la sua salute, la sua posizione sociale. Nei matrimoni le investigazioni delle parti sono rivolte alla constatazione di queste qualità, appunto perchè possono non esistere, o esistere soltanto ad un grado insufficiente. Tanto peggio per colui che s'inganna o che è ingannato: il fatto prova che non ha saputo o voluto prendere bene le sue informazioni: più l'errore sarà stato grave, meno sarà scusabile.

Ora l'errore di cui parla il nostro Codice non è solamente quello che concerne l'identità materiale della persona; ma quello altresì che cade sulle qualità costitutive della persona civile. E che questo sia stato il pensiero del legislatore, sancito nell'art. 105, ne abbiamo una splendida conferma nei processi verbali della Commissione di coordinazione: riproduco testualmente il paragrafo che concerne questa questione:

« Riguardo all'art. 105, un commissario osserva che la Commissione senatoria aveva eliminata la parola

Digitized by Google

essenziale che si leggeva nel progetto del Governo; egli non ha difficoltà di accettare questa soppressione, in quanto che sussiste sempre il concetto che l'errore può cadere tanto sull'identità della persona quanto sulla qualità della medesima: ma non potrebbe poi consentire al motivo che di questa soppressione ha dato la Commissione senatoria nella sua relazione, imperocchè questo motivo restringerebbe troppo la portata della disposizione di questo articolo, limitandolo alla sola identità della persona ed escludente qualunque altro errore essenziale, quantunque possa viziare il consenso, il che sarebbe contrario al vero concetto del medesimo articolo ed alla giurisprudenza.

« La Commissione approva queste osservazioni, e dichiara di mantenere la soppressione della parola *essenziale* coll'accennata spiegazione ».

Il pensiero del legislatore è dunque noto nel modo più preciso: qualunque controversia sorga in proposito dev'esser sciolta nel senso delle dichiarazioni precedenti.

179. Conseguenze delle nullità per mancanza di consenso, o per errore nella persona.

L'esperienza e lo studio della natura umana provano che sovente ciò che fu fatto sotto la pressione della violenza o per errore può essere in seguito ratificato per ragione e per scelta. Ma quali sono i segni che ci faranno conoscere la ratifica sopravvenuta? Nella compilazione del Codice civile francese, era stato proposto di considerare la gravidanza della donna come sufficiente per far rigettare la nullità;

Digitized by Google

ma questa proposta non venne ammessa. Fu osservato che, da un lato, la violenza poteva andare fino alla consumazione del matrimonio: e che la gravidanza, d'altra parte, non poteva dare che una prova incerta, poichè il marito può sostenere di non essere il padre del bambino: d'altronde, come nota il Dalloz, quando è il marito che ha l'azione, la moglie avrebbe interesse a commettere un adulterio, per procurarsi un mezzo decisivo onde respingere la nullità.

Maggiore importanza e più aperto significato ha la coabitazione: la quale, quando abbia durato un certo tempo, equivale alla testimonianza di una tacita approvazione: ed è questo il sistema che preferì il nostro Codice, ad esempio del francese, disponendo non sia più ammissibile la domanda per causa di mancanza di consenso o per errore nella persona, se fra i conjugi vi fu coabitazione continuata per un mese, dopo che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà o conosciuto l'errore. La sola differenza fra il nostro art. 106 e l'art. 181 corrispondente del Codice francese, è che questo esige non meno di sei mesi di coabitazione, mentre il nostro si contenta di un solo mese.

La legge non parla che della ratifica tacita, risultante dalla coabitazione; è egli da conchiuderne che la ratifica espressa, su cui serba un intiero silenzio, non sia ammessa? La maggior parte dei giureconsulti sostengono con ragione che questa è sempre di diritto: essa ha anzi il vantaggio di esprimere formalmente l'intenzione, senza che si sia obbligati di ricorrere ad induzioni. D'altronde essa è stabilita come regola generale nell'art. 1309; e non è necessario che nei casi particolari sia ricordata in modo esplicito dalla legge: basta che non vi sia de-

Digitized by Google

rogato. Se l'art. 106 non parla che della ratifica tacita, si è che questa poteva dar luogo a dubbi e difficoltà che importava togliere, specialmente in ciò che tocca la determinazione dei fatti che implicano la ratifica; mentre dalla ratifica espressa non potevano certamente nascere simili difficoltà. (Duranton, II, 382 — Toullier, I, 264. — Marcadé, sull'articolo 182 del Codice Nap. — Demolombe, III, 264 — Dalloz, 464). Duranton va sino al punto di vedere una ratifica espressa nel fatto di un'autorizzazione che il marito (quando ha l'azione di nullità) abbia dato alla moglie, di contrattare e di stare in giudicio (II, 283). Dalloz (464) sarebbe anche egli di questa opinione, almeno in tesi generale, soprattutto, quando la donna essendo minore, è stata abilitata unicamente dal matrimonio, o quando il marito ha profittato dell'atto che ha autorizzato. Si noti però che Marcadé contesta questa dottrina; in ogni caso, però, l'autorizzazione ha un significato grandissimo, per apprezzare gli effetti dell'art. 106.

178. Della nullità per impotenza.

Fra le cause di nullità relativa l'articolo 107 colloca l' impotenza: ma esige il concorso di tre condizioni: 1.° che sia manifesta; 2.° che sia perpetua; 3.° che sia anteriore al matrimonio. In questo caso l'altro conjuge può proporla come causa di nullità. L'articolo non dice testualmente se il conjuge che domanda la nullità, deve aver ignorato, al momento della celebrazione del matrimonio, l'impotenza del suo congiunto: ma non può essere altrimenti; per cui la nullità per causa d'importanza rientra nella

Digitized by Google

teoria della nullità per causa di errore nella persona.

Il Codice austriaco contiene, su questo motivo di nullità, alcune disposizioni, tratte dal diritto canonico: esso stabilisce infatti che nel caso in cui venga asserita una precedente perpetua impotenza, la prova deve farsi col mezzo di periti, vale a dire di medici e di chirurghi esperti, ed ove occorra, anche di levatrici. Ove poi non possa decidersi con certezza, se la impotenza sia perpetua e incurabile, o soltanto temporanea, i conjugi sono obbligati a coabitare insieme per un anno ancora; continuando l'impotenza per questo tempo, il matrimonio è dichiarato nullo (articoli 100, 101).

L'art. 107 del nostro Codice riproduce presso a poco le disposizioni del diritto romano, il quale escludeva dal matrimonio coloro che, come gli evirati, erano colpiti di impotenza manifesta e perpetua (fr. 39, D. *de jure dot.* XXIII, 3: fr. 14, 1, *de manumis. vind.* XL, 2); non già i frigidi, *spadones:* e ciò perchè l'impotenza di questi ultimi non è manifesta e perpetua, potendo anzi cessare (*Cost.* 10, *Cod. de repud.* V, 17 — *Nov.* 22, C. 6). Pothier (*contr. de mar.* III, cap. 2, art. 3) svolge con molto acume la teoria dell'impedimento derivante dall'impotenza, e concilia insieme le dottrine del diritto romano e del diritto canonico.

179. Della nullità per mancanza del consenso delle persone cui gli sposi erano soggetti.

« Il matrimonio contratto senza il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela, può

Digitized by Google

essere impugnato dalle persone delle quali era richiesto il consenso, e da quello degli sposi a cui il consenso era necessario. Non può essere impugnato dal figlio che aveva compiuto gli anni vent'uno, quando lo contrasse ». Così l'art. 108.

Abbiamo già veduto che il figlio, fino a una certa età, non può contrarre matrimonio senza il consenso di alcune persone indicate dagli articoli 63, 64, 65, 66: l'art. 108 colpisce di nullità il matrimonio compito senza l'adempimento di queste condizioni. Ma qual è il carattere di questa nullità? Evidentemente, essa è relativa e temporanea, come quella che non tocca nessun principio d'ordine pubblico.

Che si tratti di nullità relativa, lo dimostra già il fatto che la legge determina in modo limitativo le persone che la possono far valere: e sono quelle il cui consenso era richiesto al matrimonio di uno degli sposi, e quello degli sposi a cui il consenso era necessario.

Veramente, dare allo sposo che ha contratto il matrimonio disprezzando l'autorità della sua famiglia, il diritto di domandarne la nullità, pare poco conciliabile colla responsabilità che dovrebbe pesare su di lui per la violazione de'suoi doveri: ma la legge ha forse considerato che la sua colpa aveva per causa la sua debolezza: e in ogni modo, ha voluto far pendere una minaccia su quello degli sposi che avesse trascinato e sedotto l'altro a mancare al proprio dovere. « In generale, diceva Portalis al Corpo Legislativo, è permesso a tutti coloro che hanno contratto un'obbligazione nulla o viziosa, di reclamare contro essa, e soprattutto quando l'hanno contratta durante la minorità. L'interesse delle parti è la misura della loro azione: e se

Digitized by Google

ricevonsi favorevolmente le lagnanze di un minore che pretende essere stato circuito e violentato in una convenzione poco importante, si deve a maggior ragione accordargli lo stesso favore, allorchè chiede di essere restituito contro l'alienazione che fece della sua persona e della sua fortuna ».

Ma la presunzione su cui si fonda la disposizione della legge è l'incapacità del minore : cessata questa, cessa pure la presunzione che gli è favorevole. Gli è appunto per questo motivo che il secondo capoverso dell'art. 108 nega al figlio che avea compiuto gli anni ventuno quando contrasse il matrimonio il diritto d'impugnarlo. A vent'un anno la legge ci giudica capaci di tutti gli atti della vita civile: e v'è la presunzione che chi ha contratto il matrimonio a quell'età abbia saputo quel che faceva. Infatti, se la legge differisce a 25 anni l'età in cui si ha bisogno pel matrimonio del consenso dei genitori, questa è un'eccezione determinata dal rispetto dovuto loro dai figli.

Che il diritto di provocare la nullità sia riconosciuto altresì a coloro il cui consenso era necessario, è una conseguenza naturale del principio che assoggetta i figli e i minori alla loro autorità. Per decidere adunque a chi tocca il diritto d'impugnare il matrimonio nel caso indicato dall'art. 108, bisogna riferirsi all'epoca in cui ebbe luogo la celebrazione, e cercare chi erano coloro il cui consenso era richiesto allora dalla legge per la validità del matrimonio di contrarsi. Ma si badi che se questi son morti, o nella impossibilità di agire, il loro diritto non passa ad altri: nè quindi, in mancanza dei genitori, possono agire gli avi. Allora solo gli avi hanno facoltà d'impugnare il matrimonio quando gli sposi

Digitized by Google

fossero stati obbligati ad ottenere il loro consenso per la celebrazione del matrimonio.

Notiamo intanto che, secondo l' art. il matrimonio contratto prima che gli sposi o l'uno di essi avesse l'età fissata non può essere impugnato dagli ascendenti, nè dal consiglio di famiglia, o di tutela, che vi abbiano consentito. Se fosse altrimenti, si darebbe loro la facoltà di agire arbitrariamente, di procedere con leggerezza nel consentire, e si toglierebbero alla validità dei matrimonii tutte le guarantigie che la legge attinge nel consenso che essa richiede.

Ma la nullità derivante dalla mancanza di consenso può essere sanata in tre modi: 1.° quando sia espressamente approvato dai parenti di cui sia richiesto il consenso; 2.° quando sia approvato tacitamente; 3.° quando dalla notizia del matrimonio siano trascorsi tre mesi senza loro richiamo. Inoltre, il coniuge che, raggiunta la maggiore età, ha lasciato trascorrere sei mesi senza richiamo, perde ogni diritto di agire (art. 109).

La ratifica al matrimonio nullo può dunque esserne data anzitutto da coloro il cui consenso era necessario. Può essere parimenti data dallo sposo, che avea bisogno del consenso. La legge limita rigorosamente a queste sole persone il diritto sia d'impugnare il matrimonio, sia di ratificarlo.

Secondo l'art. 109, la ratifica può essere espressa o tacita. La ratifica espressa può risultare da qualunque prova, autentica o privata: una semplice lettera missiva è sufficiente per produrre tutti gli effetti voluti, purchè sia abbastanza esplicita da non lasciare dubbio sulla volontà di chi la scrive.

Digitized by Google

Quanto alla ratifica tacita, essa può risultare da un insieme di circostanze che siano giudicate tali da far conoscere che l'ascendente ha perdonato l'offesa fatta alla sua autorità. Tale è il caso, per esempio, in cui il padre riceve in casa propria il genero e nuora. Pothier racconta (*Contrat de mariage,* 446) che l'azione in nullità di un padre fu respinta perchè ei tenne al battesimo come padrino un figlio nato dal matrimonio ch'egli voleva impugnare. Parimente, se un padre assiste all'atto di nascita di un bambino nato dal matrimonio di suo figlio, dà argomento per credere che lo ha tacitamente approvato. I tribunali hanno, su questo punto, la più grande latitudine. Giova notare che l'approvazione tacita si può provare anche per testimonii (Malleville, sull'art. 181 del Codice civile francese).

L'art. 109 determina il tempo, scaduto il quale, non si può più impugnare il matrimonio: trascorsi sei mesi dopo che i parenti ne hanno avuto notizia, senza loro richiamo, non hanno più azione. Il Codice Napoleone fissa questo termine a un anno: il che mi pare soverchio. Un silenzio che dura sei mesi dopo che si conosce l'esistenza di un matrimonio equivale alla più evidente approvazione. La difficoltà principale sarà di constatare la data precisa della conoscenza del matrimonio per parte dei parenti. Il tribunale che rigettasse la domanda deve dichiarare in fatto, e in modo espresso, che essi hanno avuto certa notizia del matrimonio.

Quanto al conjuge che non ha ottenuto il consenso di cui aveva bisogno, egli non può impugnare il suo matrimonio se, divenuto maggiore, ha lasciato trascorrere sei mesi senza richiamo. Quindi, tanto l'uomo

Digitized by Google

come la donna, saranno dichiarati scaduti d'ogni diritto, sol che si provi che hanno compiuti vent'un anno e sei mesi.

181. Delle nullità assolute, ma temporanee: — 1° della incompetenza dell'ufficiale dello stato civile e della mancanza dei testimonii.

Il carattere generale delle nullità assolute è di essere efficaci sempre e per tutti, e di poter essere domandate da chiunque vi abbia interesse. Ve ne sono però alcune che non possiedono tutti questi caratteri; che, cioè, sono assolute nella sostanza, ma temporanee nella durata; e sono quelle che derivano 1.° dalla incompetenza dell'ufficiale dello stato civile; 2.° dalla mancanza dei testimonii; 3.° dalla impubertà, o dalla mancanza d'età degli sposi.

Secondo l'art. 104, il matrimonio celebrato dinanzi un ufficiale dello stato civile non competente può essere impugnato dagli sposi, dagli ascendenti, dal Pubblico Ministero e da tutti coloro che vi hanno un interesse legittimo ed attuale. Non bisogna però confondere l'ufficiale incompetente con chi abbia usurpato la qualità di ufficiale dello stato civile. Come dicemmo più sopra, il matrimonio celebrato dinanzi a quest'ultimo è come quelli che si contraggono in teatro: cioè, una vera e completa finzione; non è *nullo o annullabile; è inesistente*. A questo caso, diremo col Vigliani, si applica ciò che troppo largamente diceva Portalis al corpo legislativo del matrimonio celebrato dinanzi all'ufficiale incompetente: « Il n'y a pas de mariage, mais commerce illicite entre deux

Digitized by Google

personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier civil compétent, témoin nécessaire du contrat ».

La Commissione senatoria avea proposto che la facoltà d'impugnare questo matrimonio dovesse essere concessa soltanto agli sposi, giacchè, diceva il relatore, potendo essi confermare o rinnovare immediatamente la loro unione dinanzi all'ufficiale competente, vano, illusorio e privo di giusta causa sarebbe il diritto che ad altri si concedesse, di domandarne l'annullamento. Per lo stesso motivo si propopeva di rendere relativa la nullità derivante dalla mancanza dei voluti testimoni.

Questa disposizione diede luogo, nel seno della Commissione coordinatrice, ad una vivissima discussione: vi fu perfino chi propose che si togliesse affatto ogni nullità, bastando le pene sancite dal Codice per la violazione dei precetti relativi all'incompetenza dell'ufficiale dello stato civile. Ma un commissario fece osservare che, secondo tutti i principii, l'atto fatto dal pubblico ufficiale fuori del distretto della propria giurisdizione, si ritiene come non avvenuto: e se per ragioni d'alta convenienza, la legge può ammettere che quando, dopo un matrimonio nullamente contratto, vi è stata coabitazione degli sposi per un tempo determinato, non sia più proponibile la domanda di nullità del medesimo, ciò non toglie che si debba considerare come una vera nullità d'ordine pubblico sia quella che deriva dalla incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, sia quella che proviene dalla mancanza di testimonii all'atto dal matrimonio, la presenza dei quali debba ritenersi essenziale, per non aprire l'adito a gravissimi inconvenienti, come

Digitized by Google

sarebbe tra gli altri quello che un ufficiale dello stato civile corrotto potesse supporre e constatare su suoi registri un matrimonio, ad insaputa dei pretesi sposi, che incontrerebbero poi le più gravi difficoltà per provarne la falsità.

A queste ragioni ne vennero aggiunte altre, fra le quali anche quella tratta dall'esempio dei matrimonii religiosi, che la chiesa considera come non avvenuti, se non siano contratti in presenza del proprio parroco e di due testimonii.

In seguito a questa discussione venne deciso di considerare come assoluta la nullità derivante dalla incompetenza dell'ufficiale dello stato civile: ma da limitare gli effetti della nullità, stabilendo ad un anno il termine per proporla.

Quanto alla mancanza dei voluti testimonii, la legge, a dir vero, non accenna a termine alcuno per proporre la nullità che ne risulta: ma dall'insieme delle discussioni a cui dettero luogo i due ultimi capoversi dell'art. 104 si può dedurre che, malgrado il silenzio della legge, il termine per proporre la nullità sia egualmente quello di un anno.

182. 2.° Della nullità che risulta dalla impubertà degli sposi.

Altra nullità assoluta, benchè temporanea, è quella che deriva dall'impubertà degli sposi. Essa può essere proposta dagli sposi, dagli ascendenti, dai collaterali, dal Pubblico Ministero, e da chiunque vi abbia interesse.

Ambedue gli sposi hanno azione per impugnare il matrimonio che essi abbiano contratto prima della

Digitized by Google

età fissata dalla legge: può agire anche lo sposo che, all'epoca del matrimonio, avea l'età competente per contrarlo. Quanto ai collaterali, essi possono proporre la nullità, quando abbiano un interesse pecuniario legittimo ed attuale; può proporla il Ministero Pubblico: finalmente, può proporla chiunque vi abbia interesse.

La differenza essenziale fra il vizio risultante dall'impubertà e quello che deriva dall' incesto o dalla bigamia, è questa: che il primo non ferisce, a dir vero, nessun principio fondamentale di ordine pubblico o di buon costume; mentre gli altri sono offesa alla legge civile ed alla legge morale. Gli è per ciò che le nullità prodotte dall'incesto o dalla bigamia possono essere prodotte, in ogni tempo, e da tutti, anche dagli ascendenti e dalla famiglia, persino nel caso in cui abbiano dato il loro consenso. Invece, il matrimonio contratto prima che gli sposi o l'uno di essi avesse l'età fissata, non può essere impugnato dagli ascendenti, ne dal consiglio di famiglia o di tutela che v'abbiano consentito (art. 111).

Un'altra differenza fra la nullità che risulta dalla bligamia o dall'incesto, e quella che nasce dalla mancanza dell'età voluta, è che quest'ultima è sanata in faccia a tutti nei due casi seguenti:

1°. Quando sono trascorsi sei mesi dopo compiuta l'età richiesta, cioè, diciotto anni, pel maschio, quindici per la femmina. Si accordano loro sei mesi per agire, a contare dalla pubertà, perchè ogni volta che la legge apre un'azione, deve lasciare il tempo utile per esercitarla. Gli sposi non potrebbero secondo Muorlon (I, 697), con una ratifica espressa, rinunciare al termine accordato loro per l'azione in nullità;

Digitized by Google

e ciò perchè questa nullità è assoluta, e d'ordine pubblico e le nullità di questo genere non sono suscettibili di ratifica. Demolombe però (I, 287) sostiene il contrario: e credo con maggior ragione.

2.° Quando la sposa, ancorchè non giunta all'età richiesta pel matrimonio, sia rimasta incinta (art. 110). Evidentemente, la gravidanza fa cadere la presunzione della sua impubertà. Ma si badi che se la sposa avesse l'età richiesta, lo sposo no, la gravidanza della prima non gioverebbe a sanare la nullità.

Notiamo un'ultima disposizione della legge, relativa alla procedura per l'azione di nullità. Quando la domanda sia proposta da uno dei conjugi, il tribunale può, sull'istanza di uno di essi, ordinare la loro separazione temporanea durante il giudizio; può ordinarla anche d'uffizio, se ambedue i conjugi, o solamente uno di essi, sia minore di età (art. 115). Non è mestieri diffondersi sulle ragioni di convenienza che hanno determinato questa disposizione.

Digitized by Google

LEZIONE XXIX.

DEI MATRIMONII PUTATIVI. DELLE PROVE DEL MATRIMONIO

183. Effetti dei matrimonii nulli e annullati.

Malgrado tante misure stabilite per la celebrazione del matrimonio, può avvenire che se ne contragga uno, nel quale ambi gli sposi, o solamente uno di essi fosse di buona fede: quali ne saranno gli effetti? In principio, ciò che è nullo non produce effetti di sorta. Applicando questa massima al matrimonio, si giunge alla conclusione che quello che sia annullato giudiziariamente è reputato non aver mai esistito, e quindi, non aver mai prodotto alcuno degli effetti che la legge attribuisce a questo gravissimo atto della vita civile: che i figli nati dal matrimonio annullato non son legittimi, ma naturali semplici, incestuosi o adulterini, secondo la causa che ha dato luogo all'annullamento: che le convenzioni matrimoniali rimangono senza effetto; che gli sposi non hanno l'uno verso l'altro alcun diritto o alcun dovere... Tali sono, a rigor di logica, le conseguenze della nullità di un matrimonio celebrato colla violazione delle disposizioni della legge.

Digitized by Google

Questi principii, si applicano di fatti, in regola generale, a meno che non risulti che uno degli sposi o ambedue siano stati di buona fede. In questo caso la legge contiene delle eccezioni favorevoli, formolate nell'articolo seguente (116): « Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede, produce gli effetti civili, tanto riguardo ai conjugi, quanto riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso. Se un solo dei conjugi sia in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli ». Così, ove si verifichi la buona fede, il matrimonio è riputato valido nel passato e fino al giorno della sentenza.

Prima di esaminare gli effetti dei matrimonii putativi, crediamo dover toccare di quelli dei matrimonii intieramente nulli, per mancanza di buona fede di ambi gli sposi: è egli esatto dire che non producono effetto di sorta? La negativa mi pare inesatta. Stabiliamo anzitutto come principio inconcusso che un matrimonio nullo conserva tuttavia la sua validità se nessuno lo impugna, o se chi lo impugna non ha le qualità volute dalla legge: ora, finchè dura, esso produce effetti legali, quando pure fosse viziato da bigamia o da incesto. Poniamo che sia annullato: senza dubbio, si reputa che non abbia mai esistito; ma, in fatto, ha avuto un'esistenza giuridica di una certa durata: in questo lasso di tempo gli sposi hanno legalmente coabitato, come marito e moglie: ora da questo fatto legale non risulterà effetto alcuno?

Io credo con Demolombe (111, 346) e con Dalloz, (580) che i figli nati nel periodo di tempo che è trascorso fra la celebrazione e l'annullamento del ma-

Digitized by Google

trimonio ed anche nei 300 giorni che seguono, hanno per padre il marito, in applicazione della massima: *is pater est quem nuptiae demonstrant*. Finchè un matrimonio esiste, esso produce effetti legali. Certo, gli sposi di mala fede non devono trarne vantaggio alcuno: ma mi pare giusto che alla prole innocente non sia tolto il beneficio della legittimità, che un'equa interpretazione della legge le attribuisce.

184. Dei matrimonii putativi.

Venendo poi ai matrimonii di buona fede, di cui parla l'art. 116, e che i giurisconsulti chiamano putativi. importa anzitutto precisare il loro carattere essenziale: il quale consiste nella ignoranza in cui uno degli sposi, od anche amendue, si trovavano nella esistenza di un impedimento al matrimonio da loro contratto. Toullier (I, 655) riporta la definizione data dal matrimonio putativo da un antico giurisconsulto, Hertius: *matrimonium putativum est quod solemniter et bona fide, saltem opinione justa unius conjugis contractum, inter personas jungi veritas, consistit.* Toullier conchiude da questa definizione che tre sono le condizioni necessarie per dare effetti civili ad un matrimonio annullato; cioè, buona fede, solennità nell'atto, errore scusabile. Ma, come nota Dalloz, in realtà queste tre condizioni non ne formano che una, la buona fede.

Vediamo quali sono gli effetti di un matrimonio putativo. Abbiamo due casi: o può essere stato contratto di buona fede per parte di ambi gli sposi, o per parte di un solo. Quando amendue gli sposi agiscono di buona fede, il matrimonio produce tutti i suoi effetti riguardo a tutti; cioè, riguardo agli sposi e riguardo ai figli.

Digitized by Google

Per quanto concerne gli sposi esso reca loro senza riserva il diritto della potestà patria, con tutti gli attributi che la legge vi annette sulla persona e sui beni dei figli: — il diritto di succedere ai loro figli: — la piena ed intiera validità delle loro convenzioni matrimoniali: — le liberalità che hanno potuto farsi, sia per contratto di matrimonio, sia durante la loro unione. Rimane intatto, pel tutto il tempo del matrimonio, il diritto di reciproca successibilità. Finalmente, la moglie putativa può, come la moglie legittima, invocare contro i terzi che hanno trattato con suo marito l'ipoteca consacrata dall'art. 1969, e domandare, in conformità dell'art. 137, la nullità degli atti che essa abbia fatti senza l'autorizzazione del marito (art. 134) o senza l'autorizzazione del tribunale civile (art. 136). (Demolombe III, 375 e seg. — Marcadé, sull'art. 202 del Cod. civ. fr. — Vazeille, I, 284, e seg. — Duranton, II, 370 e seg. — Mourlon, I, 700 e seg.).

Poniamo che un solo dei conjugi sia di buona fede: in questo caso il matrimonio non produrrà effetti civili che a suo riguardo. Così egli solo può godere dei lucri convenuti, mentre l'altro non ha nulla a reclamare, anche quando siano stati reciprocamente stipulati: questa interpretazione dell'art. 116 è, del resto, confermata dall'art. 156. Il solo conjuge di buona fede conserva il diritto di succedere ai figli nati dal matrimonio annullato; l'altro conjuge ne è privato, sibbene i figli gli succedano. Anzi, i figli succedono anche ai parenti del conjuge di mala fede: e reciprocamente, i parenti succedono ai figli (Demolombe, III, 372).

Riguardo ai figli, l'effetto più potente del matri-

Digitized by Google

monio putativo è di farli considerare come legittimi, sia che anche i genitori abbiano contratto il matrimonio in buona fede, sia che l'abbia contratto un solo di essi. I figli sono e rimangono membri della famiglia dei due conjugi, e godono di tutte le prerogative della legittimità. E se anche fossero nati prima del matrimonio, purchè siano stati riconosciuti prima che fosse annullato, essi conservano la loro condizione giuridica di figli legittimi con tutti i vantaggi che vi sono annessi. *Ubi bonae fidei sit matrimonium*, diceva il cardinale De Luca, *illud veri omnes operatur effectus, istum praesertim legittimae prolis*. (*Summa de matrimonio*).

Un'ultima osservazione, che appena occorre fare è che gli effetti civili del matrimonio putativo non si estendono ai matrimonii inesistenti: nulli radicalmente in principio, nulli nella durata, la sentenza che ne dichiarava la nullità non fa altro che constatare legalmente l'inesistenza.

188. Disposizioni penali.

Oltre le sanzioni di nullità colle quali la legge assicura l'adempimento de'suoi precetti relativamente al matrimonio, ve ne sono altre colle quali colpisce direttamente le violazioni di cui si rendessero colpevoli l'ufficiale dello stato civile e i coniugi stessi. Nel seno della Commissione coordinatrice era stato proposto da alcuni che questo capitolo fosse ommesso, rimandandolo al Codice penale, giudicato più acconcio del Codice civile per tali disposizioni. Ma venne saviamente fatto riflettere che non conveniva scindere le disposizioni penali contenute nel capo VIII dalle

Digitized by Google

altre che concernono la materia del matrimonio, perchè è opportuno che l'ufficiale dello stato civile le abbia sempre presenti, e nello stesso Codice, onde si uniformi più esattamente alle varie prescrizioni che gli sono fatte e che l'interessa all'ordine sociale non vengano trasandate. Venne aggiunto in proposito non essere questo il solo caso in cui si stabiliscono disposizioni penali fuori del Codice penale: ne sono prova le leggi sul notariato, le leggi forestali ed altre.

Ecco ora le disposizioni penali con cui la legge tutela la esecuzione delle formalità relative alla celebrazione del matrimonio.

Secondo l'art. 123, incorrono sulla multa di lire 200 estendibile a lire 1000 gli sposi e l'ufficiale dello stato civile che abbiano celebrato un matrimonio senza che sia stato preceduto dalle necessarie pubblicazioni. L'ufficiale dello stato civile che ammette a celebrare matrimonio persone alle quali osti qualche impedimento o divieto di cui abbia notizia, è punito con multa estensibile da lire 500 a 2000: egli incorre nella stessa multa, quando abbia proceduto alla celebrazione del matrimonio per cui non fosse competente, o nel quale le parti abbiano voluto aggiungere un termine o qualche condizione, ovvero senza che siano stati presentati all'ufficiale dello stato civile i documenti richiesti dagli articoli 79 e 80 (art. 124). Incorre nella multa di lire 100, estendibile a lire 500, l'ufficiale dello stato civile che abbia fatto procedere alla pubblicazione di un matrimonio senza la richiesta o il consenso di ambedue gli sposi, od in contravvenzione all'art. 74. (art. 125). Incorre nella stessa multa l'ufficiale dello stato civile che in qualunque modo contravvenga alle disposizioni

Digitized by Google

degli articoli 72, 75, 76, 93, 94 96, 98, 103, o commetta qualsiasi altra contravvenzione per cui non sia stabilita una pena speciale (art. 120).

Ma la legge non si limita a queste pene, ogniqualvolta la violazione dei suoi precetti abbia un carattere più grave e produca effetti più serii, come quando si tratta di nullità pronunciate. Infatti, secondo l'art. 127, quando il matrimonio sia stato annullato per causa di un impedimento conosciuto da uno dei conjugi, e lasciato ignorare all'altro, il conjuge colpevole è condannato ad una multa non minore di lire mille, estendibile a lire tremila, ed anche secondo le circostanze, al carcere estendibile a sei mesi, oltre l'indennità al conjuge ingannato, ancorchè non siasi data la prova specifica del danno sofferto. Perchè, invero, si chiederà una prova della quale il tribunale possiede tutti gli elementi, nel fatto solo di un così grave inganno, di un così funesto colpo morale e materiale allo sposo tradito?

Quanto alla donna che contragga matrimonio entro i primi dieci mesi dopo lo scioglimento o lo annullamento di un matrimonio precedente, abbiamo già veduto che essa decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengano dal primo marito: l'ufficiale dello stato civile che abbia contratto il matrimonio e l'altro conjuge hanno la loro parte di pena, poichè l'art. 128 li fa incorrere nella multa di lire 300 estendibile a lire mille.

Ma sull'instanza di chi, e da quale autorità sono pronunciate le pene sopra enunciate? Nei primi progetti era affidato al pretore l'incarico di applicarle. Ma nel seno della Commissione di coordinazione venne da alcuni fatto osservare che non era conveniente di

Digitized by Google

abbandonare ai pretori l'applicazione delle multe comminate in questa materia, quando non eccedano la ordinaria loro competenza; non tanto, perchè, qualunque sia l'importare della quistione, essa è sempre grave in ragione della materia speciale alla quale si riferisce, quanto perchè mal si provvederebbe agli interessi della giustizia e dell'amministrazione, affidando ai pretori l'incarico di applicar contro i sindaci quelle multe che, pur troppo, nei primi tempi sarebbero state frequenti: si propose quindi, e la Commissione deliberò unanime, che le quistioni che fossero sorte per la sanzione penale delle disposizioni di legge relative al matrimonio fossero deferite al tribunale correzionale, il quale però non agisce che su l'istanza del Pubblico Ministero.

186. Dei diversi modi di prova della celebrazione del matrimonio.

L'esistenza legale di un matrimonio produce i suoi effetti, come si è detto, per molte persone e per molti interessi. Era dunque naturale che la legge provvedesse in modo particolare a determinarne le prove; le quali sono più o meno gravi secondo la qualità delle persone cui vengono domandate.

Il principio generale in materia di prova del matrimonio è stabilito dall'art. 117, così concepito: « nessuno può reclamare il titolo di conjuge e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile, eccetto i casi preveduti dall'art. 364; » quando, cioè, non si siano tenuti registri, o sian stati distrutti in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei

Digitized by Google

medesimi: nel quale caso la prova del matrimonio si può fare tanto per documenti e per iscritture, quanto per testimonii.

La legge adunque ammette, per la celebrazione del matrimonio, cinque modi di prova: 1.° l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile (art. 117): 2.° prova per mezzo di documenti o di scritture (art. 364): 3.° prova per mezzo di testimonii (art. 364): 4.° prova risultante da un processo penale (art. 122); 5.° prova risultante dal possesso di stato di figli legittimi, non contradetta dal loro atto di nascita, e unita al possesso di stato dei genitori decessi (art. 120).

187. Della prova risultante dei registri dello stato civile.

La legge, come è naturale, non vede carattere di prova decisiva e normale di un matrimonio se non nell'estratto dell'atto di celebrazione dai registri dello stato civile: questa è la regola generale, la prova di diritto comune. Tutte le altre non sono che deroghe alla regola, eccezioni cui la legge ricorre in mancanza della prima; ma che, essendo deroghe ed eccezioni, devono considerarsi con diffidenza.

In generale, ogni volta che si afferma o si nega un fatto, l'onere della prova spetta a colui che afferma o nega. Ma in materia di matrimonio si fa un'eccezione: se la persona che ne contesta l'esistenza legale è una di quelle a cui favore la legge ha stabilita l'azione di nullità, in questo caso l'onere della prova dsetta ai conjugi: i quali non possono farla, che

Digitized by Google

presentando un estratto regolare dell'atto di celebrazione del loro matrimonio. Nessun'altra prova è, di regola, ammissibile: nè i registri, nè le carte domestiche, e neppure l'atto di celebrazione inscritto su fogli volanti: l'art. 117 è formale: l'atto dev'essere « estratto dai registri dello stato civile ». Coloro adunque che, come Bonnier, vedono una prova intiera in un foglio volante, o come Demolombe, un principio di prova per iscritto, danno al disposto della legge un'interpretazione arbitraria; tanto l'art. 194 del Codice Nap. quanto l'art. 117 del nostro la escludono nel modo più positivo.

Il possesso di stato, quantunque allegato da ambidue i conjugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebrazione (art. 118). Non è già che sia intieramente privo di effetti: che anzi, quando sia conforme all'atto di celebrazione, esso sana ogni difetto di forma (art. 119); ma la legge non ha voluto dargli influenza alcuna sulle irregolarità sostanziali che abbiano potuto viziare la celebrazione di un matrimonio: con l'art. 119 ha regolato unicamente una quistione di forma o di prova. Quanto alle nullità fondate sulla bigamia, sull'incesto e in altre cause analoghe, esse conservano tutta la loro forza, anche quando il possesso di stato sia perfettamente conforme all'atto di celebrazione.

188. Della prova risultante da documenti e scritti domestici e da testimoni.

Stabilite le regole, entriamo nelle eccezioni: la prima delle quali è quella che, in certi casi determinati, dà forza probante ai documenti privati ed alle

Digitized by Google

carte domestiche, ed anche alle disposizioni orali dei testimonii.

Le condizioni necessarie per ricorrere a questi mezzi di prova sono: 1.° che sia impossibile di ricorrere ai registri dello stato civile; 2.° che questa impossibilità non debba attribuirsi al dolo di colui che intende farvi supplire con altre prove (364).

Il matrimonio può dunque essere provato con questi mezzi suppletorii ogni qualvolta non esistano registri dello stato civile o siano interrotti, o distrutti o perduti. Si deve però cominciare con far constatare l' impossibilità di valersi dei registri; perchè soltanto dopo questa prova si possono ammettere le altre. La legge non indica da chi debbano emanare i documenti e le carte domestiche, da cui s'ha da trarre la prova della celebrazione del matrimonio: è una quistione di fatto, il cui apprezzamento è lasciato al prudente arbitrio del tribunale.

Lo stesso può dirsi di testimonii. Il tribunale ha facoltà di decidere quali vuole ammettere e quali no: egli può parimente escludere la prova testimoniale ove non abbia almeno un principio di prova per iscritto. Può ricorrere contemporaneamente alla prova risultante dagli scritti o documenti e alla prova testimoniale. Insomma, il tribunale ha un potere discrezionale, nell' usare il quale egli non deve mai perdere di vista che lo stato delle persone non si prova, di regola, nè per titoli privati, nè per testimonii; e che le eccezioni fatte devono applicarsi colla più legittima severità.

Questa severità è meno necessaria nell' ipotesi preveduta dall' art. 121, quando cioè, vi siano indizii che per dolo o per colpa del pubblico ufficiale

l'atto di matrimonio non sia stato inscritto sui registri a ciò destinati: in questo caso, i coniugi possono far dichiarare l'esistenza del matrimonio, secondo le regole stabilite nei casi di mancanza degli atti dello stato civile, purchè concorrano le seguenti condizioni:

1.° che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni, o il decreto di dispensa:

2.° che vi sia prova non dubbia di un conforme possesso di stato.

189. Della prova risultante da un processo penale.

In tutti i paesi è severamente punita la falsificazione, la soppressione o la distruzione degli atti pubblici: sebbene i due Codici penali ancora vigenti in Italia non contengano pene speciali per la falsificazione o l'alterazione degli atti di matrimonio, pure le sanzioni che contengono per questo reato in generale, tanto se è commesso da pubblici ufficiali come se lo è da privati, sono pienamente applicabili.

Il procedimento e il giudizio di condanna contro il colpevole di un reato in atto pubblico contengono gli elementi più decisivi della prova del fatto la cui alterazione diede luogo all'occasione penale. Egli è per ciò che l'art. 122 dispone che, quando la prova della legale celebrazione del matrimonio sia fondata sul risultato di un processo penale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio dal giorno della sua celebrazione tutti gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi come riguardo ai figli. Si noti che il processo può essere

Digitized by Google

tanto criminale come correzionale, e che i suoi risultati giuridici sono gli stessi.

Il risultato adunque della trascrizione della sentenza (che si eseguisce secondo il disposto degli articoli 95 e 104 del decreto sull' Ordinamento dello stato civile) è doppio: esso 1.° constituisce una prova intiera della celebrazione del matrimonio; 2.° ha una forza retroattiva, perchè assicura al matrimonio, la cui esistenza lagale è constatata, tutti gli effetti civili, a partire dal giorno stesso in cui la celebrazione ebbe luogo, tanto pei coniugi come pei figli. La legge non ha voluto che gli innocenti soffrissero della frode altrui. Appena occorre aggiungere che gli sposi lesi hanno l'azione civile per rifacimento dei danni, tanto contro l'ufficiale dello stato civile che sia stato dichiarato colpevole, quanto contro i suoi eredi, nel caso in cui sia morto prima della sentenza.

199. Prova risultante dal possesso di stato di figli legittimi in certe condizioni determinate.

Chiunque reclama le qualità di conjuge, e gli effetti civili del matrimonio, è obbligato a produrre una delle prove sopra indicate. Il possesso di stato, quantunque allegato da ambedue i conjugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebrazione, a meno che si tratti di matrimonii celebrati in paesi esteri, nei quali esso basti a provarne l'esistenza legale.

Tutte queste regole concernono gli sposi, gli ascendenti, i collaterali, e ogni altra persona: ma non si applicano ai figli legittimi, quando vi concorrono certe condizioni determinate dalla legge.

Digitized by Google

Per regola generale, quando affermano l'esistenza del matrimonio del loro genitore, devono, come ogni altra persona, addurne le prove, cioè, l'atto di celebrazione o una prova equivalente: in mancanza di ciò, la loro legittimità può essere contestata. Tale è il diritto comune. Ma l'art. 120 ha stabilito un'eccezione ch'è formolata nei termini seguenti: « non ostante la disposizione degli articoli 117 e 118, se esistono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie, e siano morte amendue, la legittimità dei figli non potrà essere impugnata pel solo motivo che manchi la prova della celebrazione del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato che non si trovi in opposizione coll'atto di nascita ».

A complimento di queste disposizioni, è opportuno aggiungere che, dopo l'art. 170, secondo il quale « la filiazione legittima si prova con l'atto di nascita iscritto sui registri dello stato civile » si trova l'art. 17 così concepito: « in mancanza di questo titolo basta il possesso continuo dello stato di figlio legittimo ».

Adunque, le condizioni necessarie perchè il possesso di stato dei figli provi l'esistenza del matrimonio dei genitori, sono le seguenti: — che i genitori abbiano avuto il possesso di stato di conjugi legittimi: — che lo abbiano altresì i figli: — che i genitori siano morti amendue: — che il possesso di stato dei figli non sia in opposizione col loro atto di nascita. Mediante il concorso di queste condizioni, il matrimonio dei genitori si reputa che abbia esistito, e i figli non sono obbligati a presentare l'atto di celebrazione.

1.° *Il possesso di stato dei genitori e dei figli* —

Digitized by Google

La prima condizione è naturalmente che i genitori abbiano vissuto pubblicamente come marito e moglie, che abbiano portato lo stesso nome, che siano sempre stati considerati come tali tanto dalla loro famiglia che dalla società. *Nomen, tractatus, fama:* tali sono i tre elementi costitutivi del possesso di stato in generale, tanto dei genitori come dei figli, tanto nelle quistioni di matrimonio e di filiazione come nelle altre.

In generale, le controversie relative al possesso di stato sono non meno difficili che complicate, perchè bisogna dedurle da circostanze e da fatti che non è agevole apprezzare: e il tribunale ha, su queste quistioni, un potere necessariamente discrezionale. Ma gli elementi costitutivi sono, come dicemmo, la comunanza del nome, il trattamento, e l'opinione generale. Il carattere di questi elementi è significato con sufficiente precisione nell'art. 172, relativamente ai figli: « il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di filiazione e di parentela fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere. I principali fra questi fatti sono: — che l'individuo abbia sempre portato il nome del padre che egli pretende di avere; che il padre lo abbia trattato come suo figlio, ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed al collocamento di lui: che sia stato costantemente riconosciuto come tale nella società: che sia stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia ». *Talis plerisque videbatur* (dice la legge 3, ff. *de sen. maced.*) *sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur*: ecco i caratteri indicativi del possesso di stato, che può stabilirsi con

Digitized by Google

tutti i mezzi di prova, compresa la prova testimoniale.

Quando adunque i genitori, finchè vissero, si trovarono in queste condizioni, e quando i figli, durante la vita dei genitori, e dopo la loro morte, continuarono senza interruzione a credersi e ad essere creduti figli legittimi, allora è il caso dell'applicazione degli articoli 120, 171 e 172, e la legittimità dei figli consacra la legittimità del matrimonio dei genitori.

2.° *Che i genitori siano morti amendue*: così si esprime in termini precisi l'art. 130. Anticamente, come nota il Delvincourt, bastava che ne fosse morto un solo, perchè i figli fossero dispensati dal produrre l'atto di matrimonio dei loro genitori. Si credeva che non bisognasse lasciare ad uno dei conjugi la facoltà di privare con una colpevole reticenza il figlio del suo stato. Ora però, secondo l'art. 120, è necessario che siano morti amendue: e questa disposizione è assai più logica, come quella che chiude più agevolmente l'adito alle frodi. Infatti, quando il matrimonio è affermato dagli sposi, o dall'uno di essi, la legge ha potuto, senza ingiustizia, esigere la presentazione dell'atto di celebrazione, il che per loro non può essere difficile a fare. Sinchè essi vivono, i figli possono informarsi da loro, e conoscere così il paese, forse estero, in cui il matrimonio venne celebrato. Ma quando i genitori sono morti amendue, da chi i figli possono avere una direzione per trovare l'atto di celebrazione? Dai parenti? Ma questi possono essere interessati a contestare la loro legittimità. In presenza di questa impossibilità, la legge, come nota giustamente il Mourlon, è venuta in loro soccorso,

e ha organizzato il modo speciale di prova di cui tratta l'art 120.

Abbiamo veduto che il terzo di questi articoli esige che i genitori siano amendue morti. Questa locuzione è essa imperativa? In altri termini, quando i genitori siano nella impossibilità di fornire ai figli gli schiarimenti necessari per constatare l'esistenza del matrimonio, si potrà accordare il beneficio dell'art 120? L'assenza e l'interdizione per infermità di mente possono esse equivalere alla morte dei genitori? Se consultiamo il testo, la risposta sarebbe negativa. Ma qui è evidentemente il caso di consultare lo spirito della legge, il quale deve prevalere sulla lettera. Se la legge viene in soccorso dei figli, quando i genitori sono morti, si è per provvedere alla impossibilità in cui sono di scoprire il luogo della celebrazione del matrimonio: ora questa impossibilità esiste egualmente nel caso dell'assenza o della infermità di mente dei genitori; dunque si deve egualmente applicare l'articolo 120. Prevedendo specialmente l'ipotesi dalla morte, la legge ha statuito *de eo quod plerumque fit*. Tutti i giurisconsulti più autorevoli sono d'accordo. (Demolombe, III, 396 — Duranton, II, 255 — Bonnier, *Traité des preuves*, 128 — Mourlon, I, 729).

3.° *Il possesso di Stato dei figli non dev'essere in opposizione col loro atto di nascita.* Con questa disposizione non si è voluto già dire che i figli siano obbligati di produrre il loro atto di nascita; bensì che, ove lo presentino non venga a contraddire il possesso di stato. Quando l'atto di nascità è presentato, si pospono supporre tre casi, relativamente al figlio che ha in suo favore il possesso di stato di figlio legittimo, e i cui genitori hanno avuto il possesso di

Digitized by Google

stato di marito e moglie, e sono morti ambedue: o l' atto di nascita porta che sia *figlio legittimo*, ecc. ed allora esso è conforme al possesso di stato: nessun obbligo di produrre l'atto di celebrazione: — o il figlio vi è portato come *figlio naturale di* ecc.: e l'atto allora è contrario al possesso di stato: obbligo indispensabile di produrre l'atto di celebrazione: — o vi è semplicemente portato come *figlio di tale e tale*, senza indicare se legittimo o naturale, se i genitori siano coniugi o no, e in questo caso non è nè conforme nè contrario al possesso di stato. Ma siccome non è in opposizione, il figlio non è tenuto a produrre l'atto di celebrazione. (Delvincurt, II, p. 57).

LEZIONE XXX.

DEI DOVERI E DEI DIRITTI DEI CONIUGI FRA DI LORO

191. Delle obbligazioni generali che nascono dal matrimonio.

Numerosi e gravissimi sono gli effetti che il matrimonio produce; gli sposi, unendosi, acquistano diritti e assumono dei doveri sia fra di loro, sia verso i figli, sia verso i parenti ed affini. Questi doveri poi si distinguono in morali e giuridici; ai primi non v'è altra sanzione che quella della coscienza: all'adempimento dei secondi provvede la legge.

Gli effetti principali prodotti dal matrimonio sono i seguenti:

Fra i conjugi, l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza (art. 130): potestà maritale (articoli 131, 134): unità di cognome (art. 131): di domicilio (art. 18): di cittadinanza (articoli 9, 14): diritto reciproco agli alimenti (art. 132): di successibilità (articoli 721, 753 e seg.); ipoteca

Digitized by Google

legale della moglie sui beni del marito (articoli 1969, 1983).

Fra i conjugi ed i figli: — legittimità della prole concepita durante il matrimonio (art. 179): legittimazione dei figli naturali nati e riconosciuti prima del matrimonio (art. 194): patria potestà sui figli (articolo 220); usufrutto sui beni avventizi dei figli (art. 228): obbligo di mantenere, educare e istrûire la prole art. 138): obbligo reciproco degli alimenti (art. 139).

Fra gli sposi e i loro ascendenti; cessazione della patria potestà, cioè, emancipazione, di diritto degli sposi minori, quando anche il matrimonio sia stato celebrato prima dei 18 anni compiuti (art. 310).

Fra ciascuno degli sposi e i parenti dell'altro, vincolo di *affinità*, debito alimentare e reciproco fra suocero, genero, nuora (art. 140); incapacità di matrimonio fra affini in certi gradi determinati (art. 59).

Tali sono gli effetti generali del matrimonio, considerati nei diritti e nei doveri che ne scaturiscono. Importa esaminarli distintamente.

192. Dei diritti e dei doveri che sono comuni ai due coniugi: 1.° della coabitazione.

« Il matrimonio, così l'art. 130, impone ai conjugi l'obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza ». *Nuptiae*, diceva la L. I, tit. II *De ritu nupt., sunt conjunctio maris et faeminae; et consortium omnis vitae, divini et humani juris comunicatio.* La definizione è forse alquanto poetica;

Digitized by Google

ma si comprende come l'austero giurisconsulto romano, dinanzi alla nobiltà e santità di questa instituzione, abbia trovato un linguaggio pittoresco ed elegante per significarne l'indole e gli effetti.

Il primo dei doveri indicati dalla legge è quello della coabitazione: carattere speciale dell'associazione conjugale è l'unità della vita fra i due che la contraggono. L'art. 18 aveva già stabilito che la moglie non separata giudizialmente dal marito aveva lo stesso domicilio di lui: l'art. 130 impone l'obbligo della coabitazione, e l'art. 131 obbliga la moglie ad accompagnare il marito dovunque egli creda di fissare la sua residenza.

Non è senza maraviglia che si vede la legge, nel punire la violazione del precetto che impone ai conjugi l'obbligo della coabitazione, unicamente occupata della moglie, la quale, ove si allontani dal domicilio conjugale senza giusta causa, è colpita da una triplice sanzione: 1.° il marito ha facoltà di sospenderle la somministrazione degli alimenti (art. 133): 2.° l'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito e della prole, il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie; (articolo 135); 3.° il marito può domandare la separazione di corpo (art. 150).

Di questi tre mezzi di coercizione che la legge accorda al marito per obbligare la moglie ad abitare con lui, un solo vale per quest'ultima, il più pericoloso e il più difficile, cioè, la separazione. L'odiosità di questa distinzione fu sentita da un membro della Commissione coordinatrice, il quale osservava con ragione che se è giusto che il marito non debba essere altrimenti obbligato ad alimentare la moglie la quale, allonta-

Digitized by Google

natasi senza giusta causa dal domicilio conjugale, ricusa di ritornarvi, si doveva per reciprocità disporre lo stesso a favore della moglie capricciosamente abbandonata dal marito, il quale, in onta al dovere impostogli dagli articoli 130 e 132, persista a non volerla presso di sè. La Commissione riconosceva la giustizia di questa osservazione; ma credette che, in quanto alla moglie, vi provvedessero sufficientemente le disposizioni contenute nella sezione II del capo IX concernente l'obbligo in generale degli alimenti. Ora non è chi non veda l'insufficienza assoluta della sanzione ivi contenuta per ciò che riguarda l'obbligo del marito di ricevere la moglie presso di sè. È una eccezione odiosa a favore del marito, che non è in alcun modo possibile giustificare.

La dottrina e la giurisprudenza francese ha ammessa una quarta sanzione dell'obbligo della convivenza dei conjugi: la forza.

Quando la moglie, malgrado le altre misure di coercizione, persiste nel suo rifiuto, v'è chi dà al marito il diritto di far ricondurre la moglie in casa *manu militari* !!! Dalla lettera come dallo spirito del nostro Codice si deve, grazie a Dio, conchiudere che questa enormità è stata esclusa, come già osservava il Buniva (*Studi* ecc. pag. 89), col dichiarare che si potranno sequestrare i redditi della moglie, devesi implicitamente dire rispinto l'uso della forza militare. Nel che ottimamente si provvide, nulla essendo più contrario all'indole dell'unione conjugale, allo scopo che debbesi avere nel prescrivere la coabitazione dei conjugi, quanto il restituire colla forza pubblica al suo consorte la moglie fuggitiva. Quale risultato ne possa nascere pel futuro andamento della famiglia,

Digitized by Google

e se ciò possa ricondurre colla moglie l'armonia, la pace, l'unione degli animi tra i conjugi, ognuno il può facilmente giudicare. Non crediamo, per conseguenza, che nessun tribunale pronuncierà mai una sentenza così manifestamente contraria alla decenza e alla dignità medesima del matrimonio. Ma v'è di più; che l'uso della forza è senza risultato. Quando il marito avrà ottenuto che la moglie sia ricondotta *manu militari* al domicilio comune, la riterrà egli in una prigione privata? L'ordine pubblico si oppone a che gli sia accordato questo diritto. La moglie potrà dunque abbandonare di nuovo la casa conjugale; e si dovrà ricominciare. A che avrà servito allora l'uso scandaloso della forza? A vituperare marito e moglie.

Perchè il marito possa esigere che la moglie venga ad abitare con lui, è necessario che egli le offra un domicilio stabile quale si addice alla loro condizione. Se egli non avesse dimora fissa, se la casa che abita non fosse conveniente, se vi avvenissero cose che una donna onesta non possa tollerare, se non vi avesse guarentigie di sicurezza personale, e potesse temervi attentati al suo onore od alla sua vita, la moglie avrebbe pieno diritto di rifiutarsi di abitarvi: tutti i giurisconsulti e i tribunali sono in ciò d'accordo (Merlin: *Rep.* v.° *mari*: — Dalloz, *mariage*, 749: — Duranton II, 437: — Demolombe, III, 95). La moglie ha parimente diritto di rifiutarsi quando il marito mantiene una concubina nel domicilio conjugale. Ma essa non può addurre per motivo di rifiuto che la casa del marito è povera, che il marito è in istato di fallimento, che v'è processo fra conjugi, che essa sia maltrattata dal marito, o che il luogo in cui la conduce a dimorare è mal sano. *For the better*,

Digitized by Google

for the worse, dice energicamente la formola del matrimonio in Inghilterra: gli sposi devono aver comune la buona e la mala fortuna. La parola *consorte* non esprime essa con la maggiore evidenza questo pensiero? Le infermità, le disgrazie e gli accidenti che sopravengono ad uno dei conjugi, una malattia contagiosa, non possono autorizzare una domanda di separazione di abitazione. *Quid enim*, dice Ulpiano, *tam humanum est quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri partecipem esse?* (L. 22, 7, ff. *Solut. matrim.*)

Fra le conseguenze che derivano dall'obbligo della convivenza, v'è anche quella di costringere la moglie a seguire il marito, in qualunque paese gli piaccia di trasferirsi: « essa, dice l'art. 131, è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza ». Per cui, se anche egli andasse a fissarla in paese straniero, siccome l'art. 131 non distingue, così la moglie è costretta a seguire il marito. Anzi, la legge va più in là: se il marito rinuncia alla propria cittadinanza, o la perde, anche la moglie cessa d'essere cittadina (art. 13). Si noti però la singolare contraddizione in cui cade il legislatore: impone, con gli articoli 130 e 131, ai coniugi l'obbligo della coabitazione: ma dichiara, coll'art. 11, che la moglie di colui che ha perduto la cittadinanza, può conservarla, se essa continua a tenere la sua residenza nel Regno. — Ma se la moglie non vuole abbandonare il marito? — Perda la cittadinanza. — Ma se non vuole perdere la cittadinanza? — Abbandoni il marito.

Abbiamo finqui parlato del caso in cui la moglie rifiuti di rientrare nel domicilio coniugale: vediamo

Digitized by Google

ora l'ipotesi contraria; che il marito, cioè, rifiuti di ricevere sua moglie. S'è già notato che su questo punto la legge stabilisce una gran differenza fra marito e moglie, e tutta a vantaggio del primo. Importa ora ricercare, se la moglie che non voglia ricorrere al duro ed estremo rimedio della separazione, ha tuttavia qualche mezzo per obbligare il marito a riceverla.

A dir vero, non abbiamo un testo preciso da cui risulti il diritto della moglie. Bisogna dunque ricorrere ai principii generali di diritto: ora, siccome la legge fa della convivenza dei coniugi il primo dei doveri che nascono dal matrimonio, così è da conchiudere che essa deve aver aperta la via a tutti quei mezzi cui è necessario ricorrere, sia per ottenere l'esecuzione del precetto, sia per punirne la violazione. Escluso il ricorso alla forza a favore del marito, rimane egualmente escluso a favore della moglie. Resta dunque aperta l'azione della moglie per ottenere non solo degli alimenti, quando ne sia il caso, ma altresì il risarcimento dei danni morali e materiali che le vengono dall'ignominia inseparabile dall'espulsione sua dal domicilio coniugale. Tanto più poi essa avrebbe diritto ad un largo risarcimento, se il marito conservasse il godimento dei beni personali di lei. La giurisprudenza francese è risolutamente entrata in questa via: i giurisconsulti più autorevoli sono tutti d'accordo (Pothier, *Contrat de mariage*, 381 — Demolombe, IV, 110 — Dalloz, 968 — Toullier, Vol. 13, n° - 110 — Odillon — Barrot, *Encyclopedie du droit*, v° *Abandon d'epoux, art* 5, 4°. 18).

Digitized by Google

293. Doveri e diritti dei coniugi: — 2.° Della fedeltà

L'obbligo della fedeltà è uno degli elementi essenziali del matrimonio: esso ha il suo fondamento naturale nei precetti della legge morale, e la sua prima sanzione nel danno recato dalla violazione all'onore ed alla dignità degli sposi. Ma la legge ha dato a quest'obbligo un'altra e duplice sanzione, civile e penale: — civile, col diritto che dà alla parte offesa di domandare la separazione personale, e con le perdite dei vantaggi assicurati dal contratto matrimoniale, a carico del conjuge colpevole: penale, con le pene che il Codice infligge all'adulterio.

Troviamo anche qui un nuovo esempio della protezione singolare e ingiustificabile, accordata dalla legge al marito a danno della moglie. L'obbligo della fedeltà è reciproco pei due consorti: nell'unirsi in matrimonio, essi lo contraggono liberamente; e devono quindi rispettarlo con eguale lealtà. Chè se uno di essi lo viola, sia il marito o la moglie, la legge non dovrebbe guardare al sesso, ma punire la violazione, da qualunque parte venga, con uguale severità. Anzi; ammettendo, come si vuole, che la donna sia più debole dell'uomo, giustizia voleva che la legge fosse più indulgente verso la debolezza, la quale attenua per sè medesima la responsabilità della colpa.

Il legislatore invece, dichiarata la maggior debolezza della donna — sulla quale, come vedremo, fa pesare un intiero sistema d'incapacità legale — la rende più imputabile dell'uomo, e attribuisce alla

infedeltà della moglie conseguenze giuridiche più gravi che a quella del marito. Di fatti, 1.° l'adulterio della moglie, in qualunque luogo essa l'abbia commesso, autorizza il marito a domandare le separazione: ma non è ammessa l'azione di separazione contro il marito, se non quando egli mantenga la concubina in casa, o notoriamente in altro luogo, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca un' ingiuria grave alla moglie (art. 150). Non basta: pel marito, a propriamente parlare, l'adulterio non è mai punito, ma solamente il concubinato: e per questo reato egli non ha altra pena a temere che quella minacciata alla moglie per semplice adulterio, in qualunque modo provato (Cod. pen. it. articoli 485, 486 — Cod. pen. tosc. art. 291, 292).

Le ragioni su cui si pretende fondare questa diversità di trattamento per lo stesso reato, sono così meschine che è ancora da chiedersi come possano essere ripetute sul serio, e come possano aver determinato il legislatore a stabilire nei Codici tanta ingiustizia.

La donna, si dice, è più gravemente imputabile, perchè essendo, in ragione del suo sesso e dei nostri costumi, obbligata a maggior riserva dell'uomo, ogni qual volta se ne allontana ferisce in modo più esiziale e pericoloso l'ordine pubblico ed i buoni costumi. — Ma a questo argomento si può rispondere che il marito, per rendersi colpevole d'infedeltà, concorre anch'egli a depravare un'altra donna, e che di questa colpa merita pena: che se è spettacolo scandaloso quello d'una donna adultera, non è neppure uno spettacolo edificante, nè favorevole all'ordine pubblico ed ai buoni costumi quello di un uomo

Digitized by Google

ammogliato, padre di famiglia, che mantiene una tresca, o corre dietro a pubbliche meretrici: e che questa è tale offesa alla dignità della moglie da giustificare una pena almeno uguale a quella che è serbata alla moglie stessa. Si può aggiungere che l'imputabilità del marito è ancora maggiore per due motivi; primo, perchè egli, per lo più, prima di ammogliarsi ha dato sfogo a tutte le sue passioni; e non è scusabile di continuare in questa via: — secondo, perchè quando il marito ha una tresca, ciò vuol dire che l'ha stretta di proposito deliberato, che ne ha presa l'inziativa egli stesso; mentre la donna è per lo più passiva, e non soccombe che sotto l'impeto d'una passione che può averla accecata, e assai spesso pel risentimento dei torti che le infligge il marito.

La donna, si aggiunge, col mancare al suo dovere può dare il giorno a figli spurii, i quali sotto la protezione della massima *pater est is quem nuptiae demonstrant*, verranno, come i figli legittimi, a usurpare un posto nella famiglia del marito. — Tutto ciò è vero: ma la colpa del marito non produce essa pure le sue conseguenze? Se l'adulterio della moglie può introdurre un bastardo nella famiglia del marito, l'adulterio del marito non può esso introdurre un bastardo nella famiglia di un altro? Tutti i giorni i tribunali si occupano di scene scandalose, di storie di patrimonii sciupati da mariti e padri di famiglia per miserabili prostitute: basta esaminare anche alla superficie la società per conoscere tosto numerosi esempi di mariti e padri di famiglia che condannano la moglie e i figli a privazioni crudeli, per dare sfogo alle più turpi passioni... Ma essi, secondo la legge, sono innocenti, finchè non abbiano avuto l'ingenuità maravigliosa

Digitized by Google

d'introdurre una concubina sotto il tetto conjugale!...

A udire tali sofismi, cascano le braccia: e si domanda con dolorosa sorpresa se veramente il diritto sia la scienza *boni et aequi*.

Fortunatamente, i termini di cui si è servito l'articolo 150 sono abbastanza larghi da dar mezzo a magistrati equi e imparziali di limitare l'impunità del marito, e correggere, almeno negli effetti civili, l'iniquità della protezione e dei favori che sono accordati alle sue violazioni dei doveri più elementari del matrimonio.

194. Doveri e diritti dei coniugi fra di loro: — 3.° Dell'assistenza.

Altra fra le obbligazioni che nascono dal matrimonio è quella dell'assistenza reciproca dei conjugi: e questa obbligazione dee essere intesa ed applicata nel più largo senso della parola. Quando due persone si uniscono in matrimonio, esse contraggono un'associazione non meno morale che materiale, la quale ha per effetto di rendere comuni ad ambedue i molti pesi e le rare felicità della vita. Non si tratta soltanto di un'assistenza pecuniaria, ma altresì dell'assistenza morale, che è sovente più preziosa e più necessaria dell'altra.

La legge non può, a dir vero, sancire con una pena l'adempimento dell'obbligazione dell'assistenza morale: non può dire ad un conjuge di temperare con cure affettuose e costanti i mali o le infermità dell'altro. Potrà il magistrato, nell'apprezzare una quistione di alimenti o di separazione, valutare la condotta reci-

Digitized by Google

procamente tenuta dai conjugi: ma, a propriamente parlare, nessun testo di legge fa dell'assistenza morale un'obbligazione civile e positiva.

Avviene altrimenti dell'assistenza materiale: l'articolo 132 impone al marito il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè, e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze: e impone alla moglie l'obbligo di contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha mezzi sufficienti. Ciascuno dei due coniugi ha dunque, in certi casi determinati, un' azione per costringere l'altro a provvedergli il necessario per proprio mantenimento.

Veramento, quest' articolo è superfluo: perchè il principio sancito con l'art. 130 portava di conseguenza la reciproca obbligazione pei conjugi di assistersi. Forse si è voluto significarla con precisione, per evitare incertezze cui avrebbe potuto dar luogo il diritto romano, secondo il quale il marito non doveva propriamente gli alimenti alla moglie se non aveva ricevuta la dote (Leg. 14, Dig. *ut in possess.* — Leg. 22, 8, Dig. *Solut. matr.*) Ma l'obbligazione dei conjugi di fornirsi gli alimenti nel caso di bisogno è non meno naturale che civile: e si può esigere sempre. Anche quando sia intervenuta tra i conjugi sentenza di separazione, quello di essi che l'ha ottenuta ha diritto di chiedere gli alimenti sùi beni dell'altro. Questo diritto rimane in vigore anche quando la separazione fosse pronunciata per colpa di amendue i conjugi (art. 156).

Importa prendere nota della distinzione che v' è fra l' obbligo generale degli alimenti, considerato in se stesso e nelle varie applicazioni che se ne fanno, e il senso che la legge dà all'assistenza reciproca dei

Digitized by Google

conjugi. Le differenze sono grandissime, e conducono a risultati naturalmente assai diversi.

In generale, l'obbligo degli alimenti non importa il dovere di tener presso di sè la persona a cui sono dovuti (art. 145); e il limite che la legge determina è fissato dal bisogno di chi li domanda e dalle sostanze di chi deve somministrarli (art. 146). Invece, secondo l'art. 132, il marito ha l'obbligo di tenere la moglie presso di sè e di somministrarle *tutto ciò* che è necessario ai bisogni della vita, in proporzione delle sue sostanze. E si capisce, naturalmente, che i diritti della moglie all'assistenza del marito siano più serii e più larghi di quelli d'ogni altra persona, pensando alla unità di vita che il matrimonio ha creato fra loro. L'obbligazione poi della moglie di concorrere al mantenimento del marito, sancita dagli articoli 132 e 1426, non è che una conseguenza della reciprocità: ma viene in seconda linea, dovendosi supporre meno frequente il caso di un marito che abbia bisogno di essere mantenuto dalla moglie; una simile necessità non sarebbe altrimenti spiegabile che nel caso in cui il marito fosse povero e infermo, o nella impossibilità per qualsiasi motivo di provvedere a sè medesimo.

195. Della potestà maritale.

« Il marito è capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome... (articolo 131). Il marito ha il dovere di proteggere la moglie.... (art. 132). Gli sposi non possono derogare nè ai diritti che appartengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti al-

Digitized by Google

l'uno ed all'altro coniuge... (art. 1379). » Con queste disposizioni la nostra legge sancisce nel modo più esplicito e formale la potestà del marito sulla moglie, potestà che, come vedremo, è condotta alle sue ultime conseguenze dall'art. 134 che assoggetta la moglie all'obbligo dell'autorizzazione maritale.

Più procediamo nell'esame delle nostre instituzioni civili, più abbiamo occasione frequente di confermarci nel giudizio già recato, che, cioè, malgrado tanti secoli di progresso possiamo sempre considerare come applicabile al nostro ciò che il giurisconsulto romano diceva del suo tempo e delle sue leggi; *in multis iuris nostri articulis deterior est conditio foeminarum quam masculorm.* (D. L. I. tit. V, 9). Ma è sopratutto nel matrimonio che troviamo ad ogni passo quanto sia *deterior conditio foeminarum* nel nostro Codice.

Il marito è capo della famiglia. — Questa dichiarazione ha per complemento: 1.° l'esercizio della patria potestà devoluta al padre solo, e dato, in sua mancanza, alla madre (art. 22); 2.° la volontà del marito anullante quella della moglie nel dare o negare il consenso al matrimonio dei figli (art. 63); 3.° il diritto pel marito di scegliere il luogo del domicilio (art. 18); 4.° di dare il suo cognome alla moglie (131); 5.° di aver solo l'amministrazione della dote (art. 1399); 6.° di rappresentare o assistere la moglie in quasi tutti gli atti della vita civile (134, ecc.)

Il primo pensiero che si presenta alla mente, quando si parla di una società, è la perfetta ugualianza dei soci, e l'identità dei loro diritti e dei loro doveri. A questo principio si fa eccezione nella società coniugale. Uno dei due soci è immolato all'altro: e se anche volessero liberamente pattuire la parità dei

Digitized by Google

doveri e dei diritti, la legge non lo permetterebbe (art 1379). Per cui, se anche il marito fosse uno zotico o una specie di bruto, e la moglie una donna intelligente ed instruita, in forza della legge, all'ignoranza spetterà in modo assoluto l'indirizzo della famiglia: e l'intelligenza dovrà obbedire.

Fortunatamente la forza delle cose è più potente di tutte le leggi del mondo: e malgrado le disposizioni del Codice, vediamo numerosi esempi di matrimonii, nei quali l'indirizzo delle cure domestiche è, di fatto, affidato alla moglie: e l'uguaglianza dei coniugi, interdetta dalla legge, è attuata dalla libera volontà delle parti. Malgrado ciò, non posso fare a meno di disapprovare un complesso di disposizioni il cui risultato è di dare la forza ad uno a pregiudizio dell'altro, e di violare a danno dell'essere più debole l'unità dei diritti della famiglia.

La moglie, così l'art. 131, segue la condizione civile del marito. — Quando questo inciso era nel progetto del Codice, il Buniva lo combattè con molta vigoria di argomenti: queste parole, diceva egli, dovrebbero essere eliminate perocchè, o sono inutili, ovvero contengono un grave errore giuridico. Se s'intese parlare della condizione sociale del marito, volendo che sia pur quella della consorte, per l'intimo legame che insieme unisce i coniugi, diciamo non essere ciò materia di legge civile, sebbene un portato dei costumi, inutile ad esprimersi nel Codice: se invece si volle parlare di vera condizione *civile*, che ha tratto al godimento dei diritti civili, quasi che la moglie non abbia e non possa avere che la condizione stessa che ha il marito, questo ci pare un errore e un assurdo in diritto, attesochè la moglie

Digitized by Google

ha una personalità sua propria che non dipende se non in parte da quella del marito. Se si volesse intendere nel suo senso completo la frase dell'art. 131, ne verrebbe che, ove il marito fosse colpito da interdizione giudiziale o legale, la moglie dovrebbe « seguire la condizione civile di lui ». Il che non avviene mai. La frase combattuta è adunque inutile od assurda. E opportunamente, nota il Buniva che una disposizione simile non si trova in alcun Codice di Europa.

Quanto alla qualità di capo della famiglia, è chiaro che essa dovrebbe spettare a quello dei coniugi che ne fosse più degno: e la legge avrebbe dovuto lasciare agli interessati la cura e la responsabilità di risolvere questa quistione interna.

196. Dell'autorizzazione maritale e delle discussioni cui diede luogo.

La donna, finchè non contrae matrimonio, è parificata all'uomo in quasi tutto ciò che concerne i suoi diritti civili. Anzi, in un punto è più avvantaggiata dell'uomo: essa può a 21 anno maritarsi, senza obbligo alcuno del consenso dei genitori, mentre l'uomo nol può, sino a 25 anni (art. 55). Il motivo di questo favore è, dicono i giuristi, che l'intelletto della donna si sveglia prima di quello dell'uomo. Ad ogni modo essa sinchè rimane nubile, e quando diviene vedova, ha non solo il godimento, ma anche il pieno esercizio de' suoi diritti.

Ma appena essa contrae matrimonio, si compie nel momento stesso una completa rivoluzione: di capace diviene incapace; di essere libero e razionale diviene

Digitized by Google

un fantoccio inetto e irresponsabile nelle mani del marito: così dispone la legge: « La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà nè transigere, stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito. Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni di detti atti: salvo a lui il diritto di rivocarla (art. 134)) ».

Intorno a questo articolo ebbero luogo tanto nel seno delle varie Commissioni come in quello del Parlamento, le più vive discussioni, delle quali non credo senza interesse dare un rapido cenno.

Nel progetto Miglietti era stato soppresso puramente e semplicemente l'obbligo dell'autorizzazione maritale. Ma questa riforma fu tosto combattuta con molta vivacità, tanto dalle Corti supreme d'appello pel Regno quanto dai giurisconsulti che con più autorità esaminavano il progetto: fra i quali cito il Buniva, che ne'suoi *studi sul progetto del primo libro del Codice* si espresse energicamente avverso ad ogni restrizione dell'autorità maritale su questo punto (pag. 90 e seg.).

Nondimeno il Pisanelli, nel presentare a sua volta alla Camera il suo progetto, mantenne l'abolizione dell'autorizzazione maritale. Egli osservava che il precetto dell'autorizzazione maritale, quindi il divieto alla moglie di contrattare o stare in giudizio senza il consenso del marito, è collegato col sistema della comunione legale fra i coniugi, che, usato in Francia, è quasi sconosciuto in Italia; e che perciò, quanto logico e conseguente alla legislazione francese quel precetto, altrettanto ripugna alle consuetudini degli Italiani, presso i quali, malgrado sieno stati retti tanto tempo

Digitized by Google

dal Codice francese, mai non potè radicarsi il regime della comunione dei beni fra i coniugi.

Passando poscia all'esame della quistione sotto l'aspetto puramente giuridico, il Pisanelli cominciava anzitutto col constatare il diritto della donna di amministrare la propria sostanza e di disporne liberamente. Egli è parimente certo, aggiungeva il dotto giurisconsulto, che il matrimonio non può avere per sè stesso l'efficacia di privare i conjugi della disponibilità dei loro beni: esso infatti non la toglie al marito, nè vi ha ragione giuridica per cui possa toglierla alla moglie. Invano si osserva che il marito, come capo della famiglia, ha il principale obbligo di provvedere ai bisogni di essa: che per questo ha potuto fare assegnamento sui beni della moglie, e che nell'interesse della famiglia deve poterne impedire la dispersione. In tale ragionamento si suppone anzitutto che il padre abbia pei figli maggiore affetto: ma la supposizione non risponde al vero, perchè l'amore che porta la madre a suoi figliuoli può essere uguagliato, non vinto. Se poi è vero che il marito è principalmente obbligato a mantenere ed educare la prole è da avvertire che ciò non lo priva della libera disponibilità dei propri beni, e che quindi non può esservi ragione per privarne la moglie, che ha soltanto una obbligazione sussidiaria. Quando poi il marito avesse stimato necessario di fare assegnamento sui beni stradotali della moglie, egli aveva un mezzo per cautelarsi, facendo costituire in dote i beni della moglie: ma se trascurò questa cautela, evidentemente la sua negligenza non può essere soccorsa, stabilendo un'incapacità fittizia, ed una soggezione che ripugna alla umana natura, quando non sia necessaria.

Digitized by Google

Ma quali sono i beneficii dell'autorizzazione maritale? Se la concordia regna fra i conjugi, tutti gli atti saranno regolati da consenso comune ed il marito sarà il naturale consultore della moglie, senza che la legge lo imponga. Ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arme di violenza nelle mani del marito: la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima conseguenza di questa disposizione della legge sarà la separazione dei conjugi cioè, lo sperpero e la rovina della famiglia. Se dalle ragioni passiamo ai fatti, si vedrà che l'autorizzazione maritale non si reputò necessaria in Italia, sicchè la legislazione francese non venne ad importarvela. Essa non fu mai conosciuta nelle provincie soggette al Codice austriaco: e giurisconsulti insigni di quel paese attestano che la libertà lasciata alla moglie di regolare le proprie sostanze non fu mai pregiudicievole agli interessi della famiglia, più di quella lasciata al marito (Relazione Pisanelli, pag. 12).

A questa vigorosa argomentazione del Pisanelli, rispondeva assai abilmente il relatore della Commissione senatoria, ma non ne distruggeva la forza. Ecco le principali ragioni su cui si appoggiava, per propugnare la tesi della necessità dell'autorizzazione maritale.

Egli negava anzitutto che prima della legislazione francese, in Italia la moglie fosse arbitra delle sue sostanze. Nell'antichissimo diritto romano, le donne erano soggette a costante tutela (Livio, *Dec.* IV *lib.* IV). E Catone nell'orazione *pro lege Appia,* diceva: *majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere foeminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum. Nos (si Diis placet) iam etiam Rempubblicam*

Digitized by Google

capessere eas patimur, et foro quoque, et concionibus, et comitiis immisceri ». Se è vero che nelle leggi posteriori all' epoca imperiale si statuisce che non possa il marito immischiarsi nell'amministrazione dei beni parafernali contro il volere della moglie, non è, secondo il Vigliani, lecito da ciò dedurre che la moglie avesse piena facoltà di disporne: ma dai libri del diritto romano non appare ben chiaro che alla moglie fosse lasciata la libera disposizione dei suoi beni parafernali: ben vi leggiamo questa sentenza: *bonum erat mulierem, quae seipsam marito committit, res ejusdem pati arbitrio gubernari* (Leg. 8 *Cod. de pact. conv.*). Il Vigliani chiama savia questa sentenza, e la dice degna di essere ricordata: tutto dipende dall'apprezzamento che se ne fa.

Del resto, aggiunge il Vigliani, fosse anche vero che presso i Romani le mogli avevano piena libertà di disporre dei loro beni parafernali, ciò significherebbe poco, perchè il reggime più comune era allora il dotale; il diritto successorio delle donne era ristretto, per cui in proprio esse possedevano poco: mentre ora diviene frequente ed ordinario il caso di moglie fornita anche largamente di beni parafernali. Se, quindi, si accordasse siffatta indipendenza alla moglie, oltre all 'offendere i diritti della famiglia, sarebbe contraria 1.° al principio della protezione che il marito deve alla moglie e che sarebbe vana ed illusoria, quando egli non la potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsiderati; 2.° alla deferenza che la moglie deve al marito, capo della famiglia, più atto per disposizione di natura a tutelarne gli interessi e ben dirigere gli atti più importanti della vita civile; 3.° infine, a quell' unità e comunione individua

Digitized by Google

di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei conjugi. Tale unità e tale comunione si troverebbero esposte a continue e pericolose turbazioni, ove la moglie potesse agire circa i suoi beni in modo affatto indipendente dal marito.

Invano s'invoca l'esempio delle donne nubili, perchè la loro condizione è troppo diversa da quella delle maritate, per poterle pareggiare, in ciò che riguarda il loro patrimonio: sono i vincoli di moglie e di madre, sono i principii costitutivi e gli interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio d'ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato: ma è una regola d'ordine, di armonia e di conservazione nella economia domestica.

Mossa da queste considerazioni, la Commissione senatoria propose, per mezzo del relatore Vigliani, che si aggiungessero al progetto del Codice alcune disposizioni le quali ristabilirono l'autorizzazione maritale, e la regolarono iu conformità di quanto già era prescritto dai vigenti Codici Italiani.

La quistione venne portata in seno alla Commissione coordinatrice, la quale sulla proposta del ministro Vacca, esaminò la domanda se la legge 4 aprile 1865 che dava facoltà al ministro di apportare al Codice le modificazioni necessarie, dava la facoltà di rimettere in discussione il principio dell'autorizzazione maritale: e fu risposto negativamente. Ma prevalse il concetto, a cui il governo fece adesione, di ristringere la serie dei casi in cui l'autorizzazione sarebbe stata richiesta.

Nella relazione che precede il Codice civile venne spiegato il motivo della risoluzione presa: tolto a

Digitized by Google

norma il criterio di sottomettere alla necessità dell'autorizzazione quei tali atti singolarmente che per la intrinseca gravità loro richiedessero il concorso adesivo del marito, in ossequio non pure all'autorità morale del capo della famiglia, ma sì pel buon governo della famiglia stessa, vennero enumerati nell'art. 134 i casi in cui la moglie fosse vincolata nella disposizione dei propri beni. A fianco della regola di autorizzazione fu posta la designazione delle eccezioni che dispensano dalla necessità dell'autorizzazione stessa. Coi quali temperamenti recati al rigore del principio, il ministro relatore credette di poter affermare che si era data certamente al problema la migliore e più acconcia soluzione, avvegnacchè non si sia trascorso per essa nè alle esagerazioni del diritto germanico, che in omaggio alla dignità della donna pone il principio della compiuta di lei emancipazione dalla autorità maritale, nè d'altro canto si era improntato un Codice, uscito in tanta luce di filosofia, dai vieti principii della famiglia romana, cotanto infesti alla dignità e alla condizione civile della donna.

Tali sono le discussioni cui diede luogo la quistione dell'autorizzazione maritale, e tali i motivi che condussero all'adozione dell'art. 134, colle modificazioni introdotte dagli articoli 135 e 136.

Senonchè, come si è veduto, regna tuttavia la più grande confusione sul punto capitale della quistione: — qual è il fondamento giuridico della incapacità della donna maritata? — Le soluzioni date sia dagli autori del Codice Napoleone, sia dai giuristi che lo hanno commentato, sono così diverse e contraddittorie, che non sarà senza interesse esaminarle brevemente, per giungere a quella sola conclusione che è conforme alla scienza ed alla civiltà.

Digitized by Google

LEZIONE XXXI.

DEI DIRITTI E DEI DOVERI DEI CONIUGI FRA DI LORO (segue).

195. Dei motivi su cui la legge ha fondata l'incapacità della donna.

Il primo dei motivi su cui vediamo fondata l'incapacità della donna maritata è la fragilità del sesso. Il relatore del Senato, il quale afferma di non voler ammettere questo motivo, pure fa i più grandi elogii delle brutali parole di Catone, da lui riportate in nota nella sua relazione, e dichiara in termini formali che l'uomo è più atto agli affari « per posizione di natura ». È dunque l'accidente naturale del sesso che è la gran colpa per cui la donna è colpita d'incapacità, e condannata ad una vera *diminutio capitis*.

Ma come si può considerare seriamente questo motivo, quando lo vediamo contraddetto dalle leggi? Le donne nubili e vedove sono giudicate abbastanza intelligenti e capaci per fare tutti gli atti più importanti della vita civile: esse sono padrone della loro persona e dei loro beni: le madri esercitano, in man-

Digitized by Google

canza del padre, la patria potestà. E non basta. Voi dite che la donna, per la fragilità del sesso, è meno provvista dell'uomo di facoltà razionali e volitive, e che per ciò è considerata come meno responsabile di lui. Ma una delle due: — se la donna è inetta e irresponsabile, per insufficienza di ragione e di volontà, perchè nel Codice penale è giudicata un essere intelligente e libero, e punita come l'uomo, colle stesse pene per gli stessi delitti? — Se la donna è, come la giudica il Codice penale, un essere libero e intelligente, perchè il Codice civile non la tratta come tale? Perchè questa contraddizione del legislatore? Perchè fa la donna responsabile, quando la responsabilità conduce ad una pena, e irresponsabile, quando conduce a un vantaggio? E questa è giustizia? E questa è moralità? Se volete che l'accidente del sesso sia apprezzato nella determinazione dei diritti e dei doveri, dovete ammetterlo senza riserva tanto nei vantaggi come negli oneri. Non riconoscerò mai al legislatore il diritto di conculcare i canoni più elementari della logica del diritto.

Non è neppure da discutersi seriamente il secondo motivo che si adduce; cioè, il maggior effetto del padre per figli. Per affermare simili cose bisogna chiudere gli occhi ai fatti quotidiani della vita, ignorare le leggi più note della umana natura. Non volendo venire a più energica confutazione di questa erronea asserzione, mi limiterò a dire col Pisanelli « che l'amore che porta la madre a suoi figliuoli può essere uguagliato, non vinto ».

Altro motivo è quello della inesperienza della donna agli affari. Ma questo argomento prova nulla o prova troppo. Osservo in primo luogo, che se la

Digitized by Google

donna maritata è inesperta, lo sarà tanto più la nubile, che non ha come l'altra gli austeri insegnamenti della vita coniugale, le gravi preoccupazioni della maternità, le inquietudini sull'avvenire dei figli. Coi nostri costumi, la donna nubile è l'inesperienza vivente. Eppure, le si riconosce il diritto di disporre di sè e dei suoi beni: il matrimonio, che può recarle maggiore e vera esperienza, la colpisce d'incapacità, per inesperienza!.... Un simile modo di ragionare cade da sè medesimo.

E cade pure da sè medesimo quello che si trae dalla insufficienza dell'educazione che riceve la donna. Anzitutto, se l'essere poco educati è motivo per essere colpiti d'incapacità, a due terzi degli uomini si deve applicare il disposto dell'art. 134, come alla donna. Aggiungo, in secondo luogo, che ove fosse questo il motivo vero, bastava che il legislatore dichiarasse incapace la donna che non ha ricevuto educazione o istruzione di sorta.

Un motivo formolato nettamente dal Vigliani è quello che mette a fondamento dell'autorizzazione maritale il principio della protezione che il marito deve alla moglie, e che sarebbe vana ed illusoria, quando egli non la potesse impedire di disperdere la sua fortuna con atti sconsigliati. Ma, anzi tutto la protezione non importa esautoramento e spogliazione di diritti della persona che si protegge: e se la protezione del marito consiste nell'annullamento della personalità giuridica della moglie, questa non può a meno di desiderare di non essere protetta poco nè punto. E non basta. Secondo il relatore del Senato, la protezione del marito sarebbe vana ed illusoria, se non potesse impedire lo sperpero della fortuna personale della mo-

Digitized by Google

glie per parte della moglie stessa. Ed io rispondo: sono frequenti — e gli annali giudiziari li registrano a migliaia — gli esempi di mariti che hanno disperso, spesso nei vizi, spessissimo con malaugurate speculazioni non solo il patrimonio proprio, ma quello altresì della moglie, perchè la legge non ha riconosciuto alla moglie il diritto di salvare il proprio e quello del marito? Il patrimonio comune sarà meno perduto perchè chi lo disperse e il marito? E l'esperienza non ci prova che la donna è assai più buona massaia, più economica, direi quasi più avara dell'uomo? E con che giustizia la si priva, per una presunzione arbitraria, del diritto di disporre del suo, e la si getta, disarmata e impotente, sotto l'arbitrio del marito? È questa la protezione che la legge accorda ai diritti dei deboli?

Ma v'è una contraddizione che per la sua enormità le domina tutte: è quella che risulta dal regime dotale. Quale ne è l'oggetto? questo: di mettere il patrimonio della moglie al riparo dello sperpero possibile del marito. Tale è il fondamento della ipoteca legale della moglie sui beni del marito.

Ecco dunque questo tutore della moglie soggetto anch'egli a tutela! Ecco dunque questo protettore del patrimonio della moglie contro le temute di lei dilapidazioni, considerato a sua volta come dilapidatore anch'esso. Singolare sistema, è questo, nei rapporti fra i coniugi; uno è armato contro l'altro, e sono trattati come nemici.

Ma la debolezza di tutti questi motivi fu più o meno sentita da tutti; per cui la maggior parte dei giurisconsulti ne adottarono un altro col quale pretesero conciliare la dignità e l'autonomia della donna coll'obbligo dell'autorizzazione maritale: — è neces-

Digitized by Google

sario, si dice, mantenere intatta la potestà del marito e l'unità della famiglia. — Ma osservo anzitutto che gli autori del Codice Napoleone (dal quale i nostri legislatori copiarono servilmente le disposizioni relative all'antorizzazione maritale) toccarono appena questo punto: Portalis dichiarò senza perifrasi *que le mari est le maitre de la femme* (*Exposé des motifs....* 52). » È indubitato, diceva Favard al tribunato, che la legge ha colpito la donna d'incapacità a obbligarsi, onde garantirla dalla sua debolezza, e salvare la sua fortuna ». Udiamo Mouricault: « Pothier sostiene che l'incapacità della moglie è stabilita, non nel suo interesse, ma come una deferenza a suo marito: ma questa soggezione (*assujettissement*) non ha essa altresì per iscopo di dare una guida all'inesperienza della moglie? » Non è dunque permesso di dubitarne: gli autori del Codice Napoleone hanno voluto stabilire formalmente l'inettitudine e la debolezza della donna. Qualunque altra spiegazione si dia dell'incapacità legale della donna maritata, sarà sempre contraddetta dalle relazioni e dai processi verbali del Codice Napoleone, modello e guida del nostro.

L'autorità del marito, come ogn'altra autorità, deve aver per fondamento non la forza, ma la ragione; e la vera superiorità è quella dell'ingegno e della moralità.

Ma, come può il Codice stabilire *a priori* che l'uomo avrà più ingegno e migliori costumi della donna! Se l'uomo è ignorante o bestiale, tutte le leggi più draconiane non varranno a dargli superiorità sulla moglie: se invece è intelligente e ragionevole, gli sarà cosa facilissima ottenere tutta la deferenza che può desiderare.

Digitized by Google

Nel nostro Codice si ebbe il pudore di non tradurre l'art. 213 del Codice Napoleone, nel quale è detto che « le mari doit protection à sa femme, la « femme *obéissance* à son mari. » L'obbedienza è come la stima e l'amore: non si comanda con un articolo di legge; s'inspira. Quanto all'unità della famiglia, che si teme compromessa, se non si organizza la dipendenza della moglie, col sottometterla alla incapacità quasi assoluta, basta osservare che pei paesi in cui la donna può obbligarsi ed obbligare, la famiglia esiste con piena armonia come presso di noi, e forse più: e certo, fra la famiglia germanica, dove si rispetta la donna, e la famiglia latina, dove la moglie è « un misto di schiava romana e donna feudale (Saliceti, *Scritti inediti*, pag. 169) », non so chi oserà dare la preferenza alla seconda.

Tornando all'autorizzazione maritale, il Saliceti nel libro or ora citato, ne ha dipinto con acuto sarcasmo l'assurdità: quando si vorrà riflettere, osserva egli, che essa non si ricerca per debolezza di mente o di sesso, ma solo a causa di rispetto, si resterà maravigliati nel vedere che la legge non solo non consegue il suo scopo, ma avviene precisamente quel che volevasi evitare. Negando il marito l'autorizzazione, la moglie troverà un avvocato che la diriga e la difenda ed un usciere che citi il marito: correrà di persona pei tribunali, attraversando turbe di litiganti e di curiosi, che stanno al mondo per farla da spettatori: trarrà il marito innanzi ai giudici nella camera di Consiglio; gli opporrà aperta resistenza; o se i giudici negheranno autorizzarla, essa correrà all'appello. Facciamo astrazione dal ri-

Digitized by Google

spetto, perchè in simile procedimento non ce n'è molto pel marito e contentiamoci di recare in mezzo una semplice osservazione sul rimanente. Mentre trattavasi di sapere se la moglie doveva o no essere autorizzata a fare un contratto, ella ne ha fatti due legalmente, quando ha trovato l'avvocato e l'usciere. Mentre trattavasi di vedere se ella doveva essere autorizzata a stare in giudizio, ella ne percorse legalmente tutte le giurisdizioni per sentirsi dire che ella non poteva stare in quel giudizio dov'è stata.

Conchiudo: la necessità dell'autorizzazione maritale non è punto nè poco giustificata: e una delle prime riforme da operarsi del nostro Codice è di abolire un'instituzione contraria alla dignità non solo della donna ma anche dell'uomo, nociva ai veri loro interessi, impotente pel bene, ma efficacissima pel male della società domestica.

198. Degli atti che la donna non può fare senza l'autorizzazione materiale.

Gli atti della donna maritata si dividono in quattro classi distinte, e sono: — gli atti che non può fare senza l'autorizzazione del marito o dei tribunali: — gli atti nei quali l'autorizzazione dei tribunali non può supplire quella del marito — gli atti pei quali ha bisogno non solo dell'autorizzazione del marito, ma anche di quella del tribunale: — gli atti finalmente che essa può fare senza autorizzazione di sorta. Esaminiamoli partitamente.

Il primo degli atti che la donna non può fare senza l'autorizzazione del marito è la donazione: essa

non può fare alcun atto di spontanea liberalità, con cui venisse a spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente di una cosa donata in favore di un donatario accettante (art. 1050).

La Commissione coordinatrice nel discutere l'articolo 134, stabilì nettamente che colla parola donare non s'intendeva parlare che delle vere donazioni, siano esse d'immobili, o di mobili: ma che non si comprendono nelle medesime quei semplici doni manuali che non soggiaciono alle norme delle donazioni. È da notarsi che avendo un commissario proposto che alla moglie fosse data facoltà di donare ai suoi figli, la Commissione rispinse la proposta, — per non creare, si disse, dei dualismi in famiglia.

La moglie non può alienare beni immobili, nè a titolo oneroso, nè a titolo gratuito: non può sottoporli ad ipoteca; non contrarre mutui; non cedere o riscuotere capitali, siano pure parafernali: non costituirsi sicurtà; nel che è stato mantenuto in vigore il disposto del *Senatus consulto* Vellejano, il quale però si estendeva alle fidejussioni e consimili atti d'ogni donna. In una parola, tutti gli atti che importano libera disposizione dei propri beni sono interdetti alla donna maritata, e non può compierli senza l'autorizzazione del marito o del tribunale. Come conseguenza di queste disposizioni, essa non può stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione di chi solo può darle facoltà di farli.

Nel seno della Commissione coordinatrice era stato proposto di aggiungere a questo articolo il seguente inciso: — *nè in generale fare alcun atto che ecceda la ordinaria amministrazione.* Ma la proposta fu esclusa, per la ragione che prescrivendo questa generica

Digitized by Google

incapacità della moglie per tutti gli atti eccedenti l'amministrazione, si sarebbe ristretta di troppo la sua libertà e sarebbero divenute illusorie le modificazioni introdotte dalla Commissione la quale non volle colpire la donna maritata di un'incapacità assoluta, quasi a dirsi soggettiva, ma di una semplice incapacità relativa ossia aggettiva, per certi atti determinati e più importanti, e non per altri. (*Processi verbali*, n.° 11).

Il principio sancito dalla legge sarebbe adunque questo: — per tutti gli atti non indicati limitativamente nell'art. 134, la donna non ha bisogno dell'autorizzazione maritale. — A dir vero, non sono molti gli atti che la donna può fare liberamente: e non è esatto dire che l'art. 134 contenga tutte le restrizioni al diritto della donna, perchè essa non può accettare un mandato (art. 1743), non può fare il commercio (Cod. comm., art. 7), non può compromettere, quando non ha la disposizione dei beni su cui cade il compromesso (Cod. di procedura civ., art. 9), e via discorrendo.

Come conseguenza del principio della incapacità giuridica della donna maritata bisogna ammettere che essa obbliga suo marito, e non sè stessa, quando non agisce che in forza di un mandato ricevuto da lui. Non è necessario che questo mandato sia espresso: può essere anche tacito, e risultare dalle circostanze. Si presume, per esempio, che la donna abbia ricevuto un mandato tacito di acquistare tutte le provvisioni necessarie per la casa, oggetti d'uso quotidiano, vesti, mobili, medicine, tutto ciò, insomma, che la donna per l'esercizio delle sue attribuzioni domestiche, non può a meno di provvedere essa stessa: un tale mandato ri-

Digitized by Google

sulta dalla natura medesima delle cose: e non v'è bisogno, pei contratti che ne derivano, di autorizzazione alcuna.

Questa regola riceve un'eccezione in due casi: 1° in caso di frode, quando vi ha concorso il negoziante, se per esempio, la donna, dopo aver comprate le mercanzie, le avesse rivendute per far danaro; e che il negoziante avesse conosciuto questa intenzione; 2.° nel caso in cui le spese siano eccessive, avuto riguardo alla posizione e al patrimonio dei coniugi: perchè allora il negoziante deve imputarsi di non aver avvertito il marito.

In questi due casi, la moglie non è reputata di aver agito entro i limiti del mandato ricevuto da suo marito; quindi non lo obbliga coi propri atti. E non obbliga neppure sè stessa; quando consti che abbia agito senza l'autorizzazione maritale, e che si tratti di uno di quegli atti che in forza dell'articolo 134 le sono positivamente interdetti.

199. Degli atti giudiziali che sono proibiti alla donna maritata.

Fra le facoltà che la donna perde nel contrarre il matrimonio v'è anche quella di stare in giudizio senza l'autorizzazione maritale. Essa dunque non può figurare di propria volontà come parte in un processo qualsiasi. La regola è generale e si applica sempre, qualunque sia il regime adottato nel contratto matrimoniale. L'autorizzazione è necessaria tanto quando la donna è attrice come quando è convenuta: è persino necessaria quando la moglie litiga contro il marito, almeno come

Digitized by Google

attrice; la cosa è diversa, quando chi agisce è il marito: in questo caso, per ciò solo che egli intenta il giudizio si presume che abbia virtualmente autorizzata la moglie.

Il nostro Codice ha portato, in questa materia, una lodevole innovazione. Secondo le legislazioni anteriori e secondo il Codice Napoleone, l'incapacità di stare in giudizio si estende a tutte le controversie che possono nascere dagli atti che faccia la donna: il nostro art. 134, invece, dopo aver enumerati gli atti pei quali la donna ha mestieri dell'autorizzazione maritale, stabilisce in termini precisi che questa autorizzazione le è necessaria per « istare in giudizio relativamente a tali atti ». Perciò, in tutte le altre controversie essa può essere parte attrice e convenuta, senza che sia obbligata a mostrare l'autorizzazione, o senza che possa opporre la mancanza dell'autorizzazione medesima.

In Francia si discute se l'autorizzazione data alla moglie di stare in giudizio in prima istanza, limiti i suoi effetti a questa sola, o se valga per tutte le fasi del procedimento interiore. L'art. 305 del Codice di procedura civile risolve saviamente la questione, disponendo che quando la moglie sia autorizzata dal marito o giudizialmente, a stare in giudizio, non è necessaria una nuova autorizzazione per proseguire il giudizio medesimo nei procedimenti di opposizione, di appello, di rivocazione o di cassazione.

Se una nubile od una vedova vanno a marito mentre esiste una lite in cui sieno parte, possono esse continuare validamente il procedimento, senza farsi autorizzare dal marito o dal tribunale? Evidentemente, dati i principii del nostro diritto civile, la rispo-

Digitized by Google

sta non può essere che negativa. Deve però farsi una distinzione: se la causa è in istato di essere giudicata, al momento del matrimonio, il cambiamento che si è operato nella condizione giuridica della moglie è una cosa indifferente: non v'è quindi bisogno di alcuna autorizzazione; l'ufficio delle parti e dei loro procuratori è terminato, la difesa completa: non resta più che da pronunziare la sentenza, che nulla può più ritardare. Ma se la causa non è in istato di essere giudicata, la moglie deve ottenere l'autorizzazione per continuare. In questo caso sono applicabili gli articoli 332 e seguenti del Codice di procedura civile sugli effetti del cangiamento di stato delle parti.

I giurisconsulti francesi citano seriamente una eccezione fatta al disposto della legge che proibisce alla moglie di stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito: gli è quando essa è obbligata a presentarsi come convenuta in giudizio per fatti criminali, correzionali e di polizia. E i trattati e i commenti dei Codici consacrano lunghe pagine a cercare le ragioni di questa eccezione!! Par di sognare. Eppure, nulla è più agevole a spiegare: quando si tratta di riconoscere la civile personalità della donna, allora si dichiara che essa ignora il peso delle sue azioni; e le si proibisce di stare in giudizio, come al minore ed all'interdetto. Ma quando si tratta di far pesare su di lei la responsabilità di qualche reato, allora le si riconosce intelligenza e capacità, le si restituisce la propria personalità, e si rientra nel diritto comune, per metterla in grado di godere il beneficio di una condanna, la si parifica al marito e la si sottrae alla di lui potestà.

Digitized by Google

200. Degli atti pei quali l'autorizzazione del Tribunale può supplire quelli del marito.

L'obbligo dell'autorizzazione maritale non è però talmente assoluto che non importi qualche restrizione ai poteri che esso conferisce al marito. Si è creduto infatti di temperarne gli effetti con ammettere alcuni casi nei quali all'autorizzazione del marito può e deve supplire quella del Tribunale.

L'art. 136 enumera i casi nei quali può verificarsi questa necessità: e sono: 1.° « quando il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie; 2.° quando trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse; 3.° quando la moglie sia legalmente separata: *a* per sua colpa; *b* per colpa sua e del marito; *c* per mutuo consenso ». In questi casi il tribunale civile può concedere l'autorizzazione richiesta, non però prima di aver sentito il marito, o di averlo citato a comparire in camera di consiglio, salvi i casi di urgenza.

L'autorità conferita al marito non è arbitraria, dicono i commentatori del Codice Napoleone: non è l'autorità del capriccio, sibbene la predominanza di una ragione che la legge suppone più illuminata. Ma se ne potrebbe abusare: ed ecco perchè la legge apre un ricorso alla moglie contro l'abuso. Quando il marito le rifiuta l'autorizzazione che essa domanda, le è data facoltà di dirigersi alla giustizia, e se questa trova il rifiuto mal fondato, accorda l'autorizzazione negata dal marito. « Il marito, dice Proudhon (*Etat des personnes,* I, 468), non è che il delegato della legge nell'uso del potere di cui essa lo ha investito:

l'autorità sociale, che assorbe tutte le autorità particolari, può con maggiori ragioni supplirle ».

L'autorizzazione del marito dev'essere surrogata da quella del tribunale, ogni volta che si tratti di un atto in cui vi sia opposizione d' interesse. *Nemo auctor in rem suam,* dice la legge romana (L. 7 Dig. *De auct. et cons. tut. et cur.*).

Per opposizione d'interesse s'intende, non già un vero conflitto, ma solo un atto il quale abbia per conseguenza di portare al marito un vantaggio, venutogli dalla moglie. Su questo punto il nostro Codice ha fatto un passo innanzi sul Codice francese.

Cessa parimente nel marito la facoltà di autorizzare la moglie quando questa sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso. I loro rapporti sono sospesi: e quella unità domestica che li vincolava all'interesse comune è spezzata di fatto colla separazione.

Il Codice civile non determina le forme che la donna deve seguire per domandare l'autorizzazione giudiziaria: l'art. 136 si limita, come abbiamo veduto, a disporre che il tribunale decide, dopo aver udito o citato il marito a comparire in camera di consiglio. Al silenzio del Codice civile supplisce il Codice di procedura, il quale contiene un capo apposito (L. III, tit. 4, cap. II), per regolare il procedimento relativo all'autorizzazione della donna maritata: ecco le disposizioni principali:

La domanda di autorizzazione giudiziale nei casi indicati dall'art. 136 del Cod. civ. dev'essere proposta con ricorso (art. 799): la moglie deve esporre sommariamente l'affare di cui si tratta e i motivi per cui l'autorizzazione è richiesta. Il cancelliere presenta

Digitized by Google

immediatamente il ricorso al presidente del tribunale, il quale stabilisce il giorno in cui il marito dovrà comparire personalmente davanti al tribunale per esporre i motivi del rifiuto: copia del ricorso e del decreto è notificato al marito nella forma delle citazioni, nel termine stabilito dal decreto stesso (art 800). Il tribunale, osservate le prescrizioni del capoverso dell'art. 136 del Codice civile, pronuncia con sentenza sulla domanda di autorizzazione, sentito il Ministero Pubblico. La sentenza deve contenere: 1.° il nome, comune, domicilio o residenza delle parti; 2.° la menzione sommaria della domanda della moglie e delle risposte del marito o l'indicazione della data della citazione di lui; 3.° la menzione che fu sentito il Pubblico Ministero; 4.° i motivi in fatto e in diritto; 5.° il dispositivo; 6.° l'indicazione del giorno, del mese, dell'anno e del luogo in cui fu pronunciata; 7.° la sottoscrizione dei giudici e del cancelliere. La sentenza è nulla se siasi ammesso alcuno dei requisiti indicati pei numeri 2, 3, 4, 5, 6, 7 (art. 801).

La sentenza non è soggetta a opposizione. L'appello dalla sentenza che concede autorizzazione si deve proporre nel termine di quindici giorni dalla prolazione di esso, se il marito sia stato presente, e in difetto, dalla notificazione. L'appello è proposto in ogni caso con ricorso alla Corte, notificata personalmente all'altra parte. Se questa voglia presentare contro-ricorso, deve farlo notificare al procuratore sottoscritto al ricorso nei termini stabiliti dall'articolo 148 del Codice di procedura civile, salvo che il presidente, in caso di urgenza, abbia stabilito termini minori. Il ricorso e il contro-ricorso devono depositarsi nella cancelleria della Corte nei termini sta-

Digitized by Google

biliti dall'art. 148: il cancelliere deve presentare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno in cui la Corte pronunzierà in camera di consiglio, sentito il Ministero Pubblico (art. 80).

L'autorizzazione maritale si reputa concessa alla moglie per stare in giudizio come convenuta, se il marito, citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisca, o concorrendo, non dichiari nel termine stabilito per rispondere di ricusare l'autorizzazione. Se il marito, comparendo, dichiari di non voler autorizzare la moglie, l'autorizzazione è accordata dalla stessa autorità giudiziaria dinanzi a cui la moglie fu convenuta, anche colla sentenza che pronuncia nel merito (art. 803).

Quando però la moglie sia minore di età, se la autorizzazione giudiziale sia stata concessa, perchè ricusata dal marito, o per esservi opposizione d'interessi, l'autorità giudiziaria deve nominarle un curatore speciale per assisterla nel giudizio o nell'atto per il quale sia stata autorizzata (art. 804).

Tali sono le regole tracciate dal nostro Codice di procedura civile pei casi in cui l'autorizzazione maritale sia supplita da quella del Tribunale: e ognuno può vedere quanto guadagni in questi conflitti quella potestà e dignità del marito per proteggere la quale la moglie fu colpita d'incapacità legale. La moglie, degradando se stessa in questi sconci giudiziarii, avvolge nella sua degradazione anche il marito.

Digitized by Google

201. Degli atti pei quali l'autorizzazione del marito non può essere surrogata da quella del Tribunale.

Ma vi sono casi nei quali il consenso del marito è giudicato talmente necessario e talmente collegato alla sua potestà, che non può essere supplito da quello del Tribunale. Il più frequente e il più notorio è quello dell'autorizzazione alla moglie di intraprendere il commercio.

Secondo l'art. 7 del Codice di commercio, la donna maritata non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito. L'importanza di questo fatto, le conseguenze che può recare non solo pel patrimonio della moglie ma anche per quello del marito, quando venne adottato il regime della comunione dei beni; la possibilità perfino di vedere la moglie esposta alla perdita della libertà, perchè soggetta all'arresto personale per debiti, tutte queste considerazioni hanno fatto prevalere la massima che i Tribunali non possono supplire all'autorizzazione del marito per concederle facoltà di fare il commercio.

Si è detto che, per intraprendere questa pericolosa e difficile professione, ci vuole molta esperienza e molto senno, che ai Tribunali mancano gli elementi necessari per giudicare se la moglie possiede le condizioni volute: che il marito solo può, con perfetta cognizione di causa, decidere se la moglie può avventurarsi in questa spinosa ed ardua carriera, le cui vicende potranno toccarlo così da vicino. Se ne conchiude, per conseguenza, che l'autorizzazione del Tribunale non può supplire quella del marito. E, certo,

Digitized by Google

ammesso il principio dell'incapacità della donna maritale, questa conclusione è di una logica inconfutabile.

Del resto, lo stesso Codice di commercio viene in appoggio di questa dottrina, disponendo (art. 7) che quando il marito sia minore, interdetto, assente e condannato a più di un anno di carcere, e durante l'espiazione della pena, la moglie, per essere commerciante, deve ottenere l'autorizzazione del Tribunale. Deve parimente ottenerla la moglie legalmente separata, se il marito ricusi di darle il consenso, sentito in questo caso il marito, come è disposto dall'articolo 136 del Codice civile.

Ma quando continua la convivenza dei coniugi, nelle condizioni normali della vita coniugale, il solo marito ha facoltà di accordare o negare l'autorizzazione per fare il commercio, e il Tribunale non può intervenire nel caso di rifiuto.

202. Degli atti pei quali è sempre necessario l'intervento del Tribunale.

Il principio generale del nostro diritto civile è adunque questo: che spetta al marito la facoltà di accordare o ricusare il suo concorso agli atti della moglie, e che solo in certi casi determinati può essere surrogato dal Tribunale. Ma vi è un'eccezione a questo principio, poichè vi sono atti pei quali non basta il consenso del marito, ma è imperiosamente richiesto l'intervento del Tribunale.

Secondo l'art. 1405, a meno che nel contratto di matrimonio non sia stato permesso di alienare o di ipotecare la dote, non si possono durante il matri-

Digitized by Google

monio obbligare a favore di checchessia la dote, nè le ragioni dotali della moglie, e non si possono neppure ridurre o ristringere le ragioni medesime, se non col consenso del marito e della moglie, e mediante decreto del Tribunale, che può darne l'autorizzazione nei soli casi di necessità od utilità evidente.

Quali siano le ragioni che hanno determinato questa savia deroga al principio della assoluta inalienabilità della dote, sarà spiegato più oltre. Ciò che importa ora constatare è l'eccezione portata dall'art. 1405, il quale, nel mentre ammette in certi casi la facoltà pei coniugi di alienare od'ipotecare la dote o le ragioni dotali, dichiara però insufficiente il comune loro consenso, e vi aggiunge come guarentigia la necessità dell'autorizzazione giudiziaria: e questa non è accordata se non quando, dall'esame delle circostanze, risulti chiaramente la necessità o almeno l'utilità dell'alienazione.

Osserviamo in ultimo che la moglie può inoltre accettare le donazioni fatte al figlio minore; ma è necessaria l'autorizzazione del Tribunale (art. 1059).

203. Degli atti che la donna può fare senza l'autorizzazione del marito

L'enumerazione dell'art. 134 è evidentemente limitativa: si tratta di eccezioni ai principii generali di diritto, e di restrizione delle facoltà civili della donna: è chiaro che non si possono estendere oltre i casi e tempi espressi dalla legge. Solamente, oltre le proibizioni contenute nell'art. 134 sono anche valide quelle indicate in modo formale da altre disposizioni legislative.

Digitized by Google

La conseguenza di quanto procede è che la donna può fare tutti gli atti che non le siano stati tassativamente proibiti, e stare in giudizio relativamente a tali atti. È difficile fare una nota, anche solo dei principali: ne accennerò soltanto alcuni, per norma generale.

La donna maritata può amministrare tutti i suoi beni la cui gestione, per contratto di matrimonio o altrimenti, le appartiene (art. 1427): li amministra quando i suoi beni sono separati da quelli del marito (art. 1424). Può accettare un'eredità, una donazione (art. 1059); può fare testamento (art. 762); può far iscrivere l'ipoteca legale che le spetta senza bisogno di autorizzazione (art. 1982). Può insomma fare tutti quegli atti giudiziali ed estragiudiziali che non involgano questioni di diritto di proprietà nei limiti tracciati dall'art. 134.

Fra gli atti pei quali la moglie non ha bisogno di autorizzazione v'è la facoltà di accettare una donazione. Il Buniva è avverso a questa eccezione; egli vede nel divieto di accettare donazioni un mezzo efficace per conservare la moralità in famiglia. Non che diritto, è, secondo lui, dovere del marito di esaminare se la donazione non sia per avventura il prezzo dell'infamia, o l'eccitamento della colpa della consorte, a cui si rivolse l'altrui liberalità. È chiaro che, ove, si ammetta il principio della inferiorità morale e giuridica della donna la dottrina del Buniva è inappuntabile: ma non lo è certo per chi crede invece che la coscienza della donna, è uguale a quella dell'uomo. E se è vero che la moglie può portare in casa il prezzo dell'infamia, non creda dir cosa nuova aggiungendo che ve lo può portare anche il marito.

Digitized by Google

204. Dei casi in cui la moglie è svincolata dall' obbligo dell' autorizzazione maritale.

Uno dei temperamenti più efficaci portati dal Codice al sistema dell'autorizzazione maritale è l'aumento del numero dei casi in cui cessa per la moglie l'obbligo dell'autorizzazione maritale o giudiziale, ed essa riprende l'intero e libero esercizio de' suoi diritti.

Questi casi sono enumerati nell'art 135, così concepito: « L'autorizzazione del marito non è necessaria;

1.° Quando egli sia minore, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena;

2.° Quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito;

3.° Quando la moglie eserciti la mercatura. »

Nel seno della Commissione legislativa era stato proposto che l'autorizzazione maritale cessasse di essere necessaria: 1.° Quando così fosse stipulato nel contratto di matrimonio; 2.° Quando, anche dopo contratto il matrimonio, il marito avesse con atto autentico abilitata in genere la moglie a tutti gli atti che richiederebbero per legge la sua autorizzazione; 3.° Quando il marito fosse minore, interdetto, assente o condannato, anche in contumacia, a più di un anno di carcere; 4.° Quando la moglie fosse legalmente separata dal marito; 5.° Quando la moglie esercitasse pubblicamente la mercatura.

La prima di queste eccezioni venne eliminata per la ragione che non si doveva abbandonare alla

Digitized by Google

stipulazione privata ciò che si ritiene d'ordine pubblico!!..

E si aggiunse, del resto, che ove fosse stata ammessa una tale eccezione non vi sarebbe contratto di matrimonio in cui non si vedrebbe stipulata, onde togliere il sospetto che lo sposo chiami incapace la sua sposa, o abbia poca fiducia in lei; il che, si conchiuse, farebbe della autorizzazione maritale una larva. E a più netta sanzione di questa necessità d'ordine pubblico venne dichiarato all'art. 1379, che non si può derogare nè ai diritti che appartengono al capo di famiglia, nè a quelli che gli vengono dalla legge attribuiti.

La seconda e la terza proposta furono accettate, con qualche correzione: si accettò parimente la quarta, restringendo però l'eccezione al caso in cui la separazione avesse avuto luogo per colpa del marito: in ogni altro caso, compreso quello della separazione per mutuo consenso, la moglie avrà sempre bisogno dell'autorizzazione maritale. Si accettò senza restrizione l'ultima delle cinque proposte: e fu così compilato l'art. 135, trasportando all'art. 134, come capoverso, la seconda proposta.

Ciò che il legislatore ha voluto in questo articolo — è bene significarlo nettamente — si fu di togliere affatto l'obbligo dell'autorizzazione. È assolutamente falso l'asserire, come taluno ha fatto, che qui la legge ha inteso sostituire l'autorizzazione giudiziaria alla maritale. La verità è che quando si verifica una delle condizioni enumerate all'art 135, la moglie non ha più bisogno di autorizzazione di sorta, e può fare tutti gli atti che erano interdetti dall'art. 134. Non v'è che una eccezione; ed è quando essa sia minore; in questo caso l'incapacità sua è naturale, e civile:

Digitized by Google

ed essa ha bisogno di essere assistita, non perchè moglie, ma perchè minore. Questi sono i veri principii introdotti nella nostra legislazione su questa materia.

205. Quando e come è data l'autorizzazione maritale.

Il marito può concedere l'autorizzazione alla moglie in tutti i modi che la legge consente: può essere espressa, o tacita; per atto pubblico o per scrittura privata; può essere data per tutti gli atti in generale, o solamente per alcuni: egli ha, a questo riguardo, un potere quasi discrezionale.

Di regola, l'autorizzazione dev'essere espressa: e quando è tacita, deve risultare da tali circostanze che non si possa mettere in dubbio la volontà del marito. Tale è il consenso personale del marito nell'atto: tale è la libera e conscia esecuzione per parte sua dell'atto fatto dalla moglie. Quando si trovano riunite circostanze così chiare e significative da togliere ogni equivoco, si deve tener l'autorizzazione come accordata. Si noti però che non si può ammettere la prova testimoniale di un'autorizzazione verbale.

Per la maggior parte degli atti basta chè l'autorizzazione sia accordata mediante scrittura privata: la scrittura autentica non è richiesta se non per quegli atti a cui, per la loro gravità, per precisa disposizione di legge è giudicata necessaria. Fra questi primeggia l'autorizzazione generale per tutti gli atti, o per alcuni di detti atti, che il marito ha facoltà di concedere alla moglie (art. 134). È noto che secondo l'art. 223 del Codice Napoleone, ogni autorizzazione

Digitized by Google

generale, anche stipulata per contratto di matrimonio, non vale se non per l'amministrazione della donna.

Questa innovazione della legge incontrò non poche opposizioni: si espresse il timore che essa non venisse a rendere vano il principio stesso dell'autorizzazione e non equivalesse ad una alienazione della potestà maritale. Ma l' insussistenza di questo timore risulta abbastanza chiaramente dal disposto dell'articolo stesso, il quale conferisce al marito la facoltà di poter sempre revocare l'autorizzazione concessa.

La legge non accenna al momento in cui può essere data: ma dagli articoli 803 e 804 del Codice di procedura civile, come pure dai principii generali di diritto, si può argomentare che può darla anche al momento medesimo in cui l'affare si conchiude. Può essere data anche dopo? Su questo punto ha luogo una gravissima controversia. Ma prevale la dottrina secondo la quale il consenso posteriore ratifica è sana la nullità dell'atto. Questo atto era nullo, perchè vizioso senza dubbio, ma non d'una nullità radicale e assoluta: poteva quindi essere sanato da un altro atto posteriore che ne facesse disparire il vizio da cui era reso annullabile. Il vizio non era altro, in sostanza, che un'offesa fatta dalla moglie all'autorità del marito: se questi approva l'atto, il vizio scompare, e l'atto possiede tutti gli elementi che sono necessari alla sua validità (Marcadé, sull'art. 225 del Cod. civ. francese: Demante, I, 300 Duvergier su Toullier, 1. 640).

206. Effetti dell'autorizzazione maritale e nullità che derivano dalla mancanza di essa.

La donna ha ottenuta l'autorizzazione maritale: quali ne sono gli effetti? È necessario considerarli in ciò che concerne la moglie, il marito ed i terzi.

La prima osservazione che importa fare è che, tanto allorchè la moglie è autorizzata dal marito come quando lo è dal Tribunale, le facoltà che ne riceve sono le stesse. Se l'autorizzazione è generale, la donna è reintegrata nella sua capacità civile, come se fosse nubile o vedova: se non è stata autorizzata che per alcuni atti, essa, capace in tutto ciò che li riguarda, rimane incapace in tutti gli altri.

Quale sia l'estensione dell'autorizzazione ricevuta risulta naturalmente o dal testo medesimo dell'atto che gliela dà, o dal carattere del contratto cui è abilitata. La facoltà di vendere non importa quella di contrarre mutui; ma la donna può riscuotere il prezzo dell'oggetto venduto. La facoltà di stare in giudizio per sostenere un processo non implica quella di transigere o di desistere: Demolombe crede, ma a torto, secondo me, che non porta neppure la facoltà di deferire il giuramento decisorio (282); si può vedere anche la L. 2, ff. *de jurejur.*): essa non avrebbe facoltà di prestarlo, se la parte avversa glielo riferisse: tale almeno è l'opinione di Pottier (*des Obblig.* 915) di Toullier (10, 375), di Demolombe, (283), e di Dalloz (9181) ma, lo ripeto, questa dottrina non mi pare fondata.

Più gravi e più molteplici sono gli effetti della

Digitized by Google

autorizzazione alla moglie commerciante. Quando questa l'abbia ottenuta espressamente o tacitamente, può senz'altro intervento del marito stare in giudizio e contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo commercio: e, in tale caso, se essa è in comunione di beni col marito, secondo il disposto del Codice, obbliga eziandio lui: ma ristrettamente agli utili della comunione. Può parimente, senz' altra autorizzazione, dar mobili a pegno, ipotecare ed alienare i beni immobili, salvo, quanto alla moglie che sia minore, il consenso richiesto dall'art. 6 del Codice commerciale. Tuttavia, i beni dotali non possono essere ipotecati nè alienati, che nei casi e nelle forme determinate dal Codice civile (Cod. Comm. art. 8 e 9).

Il marito può rivocare in ogni tempo il consenso dato: però la rivocazione seguita dopo che la moglie abbia già intrapreso l' esercizio del commercio, non ha effetto, se non mediante approvazione del Tribunale civile, sentita a porte chiuse la moglie. La rivocazione, in ogni modo, non pregiudica mai i diritti dei terzi, neppure per le operazioni in corso di negoziazione (Cod. Comm. art. 10). Con questa disposizione la legge ha cercato di attenuare, per quanto fosse possibile, gli inconvenienti inseparabili dal potere arbitrario accordato al marito.

La condizione precisa della moglie commerciante è dunque questa: essa può fare tutti gli atti che concernono il suo negozio: non quelli però che siano propriamente civili. In essa vi sono, a quasi dire, due persone distinte; una, capace per gli atti commerciali; l'altra incapace per ogni altro atto. Per giudicare della validità di un suo atto, bisogna cercare se concernono il suo commercio o no: valido nel primo caso, nel

Digitized by Google

secondo è nullo. È un' assurdità, si vede bene! Ma è un'assurdità che scaturisce dalle disposizioni della legge (Mourlon, I, 809).

Quanto al marito, particolarmente, bisogna distinguere gli effetti prodotti dagli atti della moglie: se egli l'ha direttamente autorizzata, essa lo obbliga, e può recargli delle non lievi responsabilità: così nel caso che il regime vigente fra i coniugi sia quello della comunione dei beni, la moglie obbliga il marito e il patrimonio comune nei limiti tracciati dall'art. 8 del Codice di commercio. Ma se l'autorizzazione fu data, contro il valore del marito, dal tribunale, la moglie non obbliga che sè medesima. — Inoltre, l'autorizzazione giudiziale può bensì rendere la moglie capace di obbligarsi validamente, d'impegnare la propria fortuna: ma non può recar mai pregiudizio sui diritti che il marito possa avere su di lei beni.

Restano ora da esaminare gli effetti che la mancanza di autorizzazione produce sugli atti della donna maritata.

Questi atti sono, di regola generale, colpiti di nullità. Ora, procedendo a rigor di logica, si dovrebbe conchiudere che *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (*Reg. jur L.* 29). Ma abbiamo già veduto che questa specie di nullità è solamente relativa: in fatti l'art. 137 determina in modo preciso il numero e la qualità delle persone che possono opporre la nullità: e sono: il marito, la moglie e gli eredi od aventi causa della moglie stessa; ben inteso, col patto che vi abbiano interesse. (Vedi pure gli articoli 1300 e seg.).

Il primo dunque che ha il diritto d'impugnare un atto che la moglie abbia fatto senza averne ricevuta

da lui la facoltà è il marito: ma il suo diritto è più limitato assai di quello della moglie. Alcuni fanno a questo proposito una distinzione. Durante il matrimonio, dicono essi, il marito ha qualità per impugnare l'atto nullo della moglie, anche senza che vi abbia un interesse pecuniario: egli vendica il disconoscimento della sua autorità. Ma quando la moglie sia morta, cessando questo motivo, egli non può agire se non in forza di un interesse legittimo ed attuale. (Vazeille, II. 368 — Dalloz 936). Altri invece negano al marito ogni azione dopo lo scioglimento del matrimonio (Mourlon, I, 819).

L'art. 137 riconosce il diritto di opporre la nullità anche agli eredi della moglie ed a suoi aventi causa. Quanto ai primi, anche il Codice francese li ammetteva (art. 225). Ciò che la legge ha voluto proteggere nel colpire di nullità relativa gli atti della moglie non autorizzata, sono i di lei interessi pecuniarii: ora, questa specie di diritti e l'azione cui danno luogo sono ereditarii. Gli eredi del marito ne sono assolutamente esclusi.

Ma non solo gli eredi hanno l'azione di nullità: l'hanno altresì gli aventi causa. Nel seno della commissione legislativa sorse quistione se dovesse conservarsi quest'ultimo inciso dell'art. 139, che si trova parimenti negli articoli 227, 322, 335, 341. Quello dei membri che opinava pel sì, chiedeva in che modo avrebbero veste per apporre la nullità di cui l'art. 137 coloro che non siano il marito, la moglie o gli eredi? Eppure, altri vi sono, i successori singolari, che avrebbero incontrastabile diritto di opporre quella nullità: perchè dovevano essere privati di questo diritto?

Digitized by Google

Venne obbiettato che se nel giure romano era principio che i diritti personali non passassero di regola nel successore a titolo singolare, l'odierna giurisprudenza si è pronunziata autorevolmente ed uniformemente in contrario senso. Gli interessati ad apporre la nullità avrebbero avuto in questa giurisprudenza costante il dovuto sussidio; e intanto si sarebbe evitato il pericolo che le parole — *aventi causa* — si estendano anche a coloro che non hanno un vero e legittimo interesse ad opporre la nullità di cui è caso.

A queste obbiezioni venne risposto che la giurisprudenza non potrebbe più essere di sussidio, quando il raffronto della legge antica, la quale parlava degli aventi causa, con la legge nuova, che ne taccia, venisse a somministrare un forte argomento per supporre che il legislatore abbia voluto ristringere alle persone specificamente indicate il beneficio di opporre la nullità dell'atto. Certo, la giurisprudenza avrà il suo còmpito: ma sarà quello unicamente di definire che sia veramente *avente causa*.

La Commissione legislativa deliberò di conservare le parole — *aventi causa* — con che però dal processo verbale risultasse che s'intese mantenere il principio della nullità relativa, e si volle tener fermo per le parole medesime il significato loro attribuito dalla dottrina e dalla giurisprudenza. (*Processo verbale*, n. 19).

Quanto ai terzi, essi non hanno più, come altra volta, il diritto di domandare la nullità del contratto che hanno stretto colla donna maritata: è da lei che dipende la sorte del contratto: essa può secondo il suo interesse o capriccio, (purchè sia debitamente autorizzata, durante il matrimonio, o vedova quando fa la scelta) tenerlo per buono o farlo annullare. Se essa

Digitized by Google

lo fa annullare, riprende quello che ha dato. Ma deve rendere ciò che ha ricevuto? Sì, se ne ha profittato, perchè non è giusto che essa si arricchisca a spese altrui: no, nel caso contrario, quando, cioè il contraente colla donna maritata provi che ciò che ha pagato in forza del contratto annullato fu rivolto a vantaggio della medesima: così dispone formalmente l'art. 1307.

Aggiungiamo a questo proposito che l'azione di nullità o di rescissione di un contratto non si prescrive riguardo alle donne maritate, che dopo cinque anni, i quali cominciano dal giorno dello scioglimento del matrimonio (art. 1300).

LEZIONE XXXII.

DEI DIRITTI E DEI DOVERI RECIPROCI DEI GENITORI E DEI FIGLI E DEL DIRITTO AGLI ALIMENTI FRA PARENTI

207. Carattere dei doveri dei genitori verso la prole.

Non so fino a che punto possa dirsi esatta la locuzione adoperata nel Codice: — *diritti dei coniugi riguardo alla prole.* — Che si parli di diritti fra i due consorti, che si sono liberamente associati, è cosa che si comprende: ma in faccia ai figli mi pare che i genitori abbiano sopratutto dei doveri, non essendoci nei rispettivi loro rapporti quella libertà di scelta, quella eguaglianza di condizione giuridica, in forza delle quali si può dire che vi sono reciprocamente dei diritti e dei doveri. I genitori hanno, è vero, in faccia ai figli alcune prerogative, alcuni privilegi derivanti dalla natura medesima: ma non mi pare che possano considerarli come diritti propriamente detti.

Digitized by Google

Checchè ne sia, lasciando le parole e penetrando nella sostanza, le principali obbligazioni che i genitori assumono col fatto del matrimonio in faccia ai loro figli sono le seguenti: essi devono mantenerli, educarli ed istruirli. Questa obbligazione la contraggono amendue, qualunque sia il sistema adottato nei loro rapporti pecuniari: essi devono adempirla in proporzione delle loro sostanze, computando nel contributo della madre i frutti della sua dote.

Se uno dei due coniugi non può eseguire l'obbligo suo, per mancanza assoluta di mezzi, l'onere passerebbe tutto intiero sull'altro. Ciò che anzitutto importa è che il dovere si adempia: i figli non devono soffrire della impotenza in cui si trova uno dei loro genitori, quando l'altro può supplirvi. L'obbligo imposto dalla natura e dalla legge è indivisibile e solidale riguardo ai coniugi: e quello dei due che ha mezzi è tenuto a sopportare la integralità delle spese a ciò necessarie, salvo, ove ne sia il caso, a lui il diritto di ricorso contro l'altro. (Demolombe, 10, 4 — Dalloz, *Contrat de mariage*, 3139).

Qual è il senso e l'estensione dell'obbligo imposto ai genitori di mantenere e educare ed istruire la prole? Tutti sono d'accordo nel riconoscere che quest'obbligo non importa solo il nutrimento, la dimora e il vestito, sia presso i genitori, sia presso qualsiasi altra persona cui essi abbiano affidati i loro figli: ma che esige altresì che questi siano messi, mediante una conveniente educazione, in grado di poter provvedere essi stessi al loro sostentamento.

Malleville riferisce a questo proposito che nella discussione del Codice civile francese si pose in quistione se il padre e la madre debbono alimenti ai loro

Digitized by Google

figliuoli maggiori, i quali sieno in istato di guadagnarsi il vitto: ovvero se la loro obbligazione si limiti ad allevarli in modo che i figli possano bastare a se medesimi. Si conchiuse che queste obbligazioni dipendono assolutamente dalle circostanze: per cui non potevasi formolare nel Codice regola alcuna in proposito.

Appena è necessario aggiungere che l'obbligo di allevare i figli pesa con forza uguale sui genitori naturali come sui legittimi: poco monta che i figli naturali siano incestuosi o adulterini: in qualunque modo sia constatata la loro qualità, basta che essa risulti, perchè dia diritto agli alimenti. È un'eccezione ammessa da tutte le leggi e che fa parte del nostro diritto successorio (articoli 752, 767). Quest'obbligo ben inteso, è reciproco. (*D.* 5, 4, *De agn. lib.* Demolombe II. IV 19).

208. Dell' obbligo degli ascendenti

Secondo l'art. 138, quando i genitori non abbiano mezzi sufficienti, l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole spetta agli altri ascendenti in ordine di prossimità. Questa è una innovazione saviamente introdotta nel nostro Codice, e che non troviamo nel Codice francese: essa è, del resto, conforme alle disposizioni precise dalla L. 5, 4, (ff. *de agnosc. et al. lib.*) alla *Nov.* 117, cap. 7.

Quando la legge impone agli sposi minori l'obbligo di ottenere il consenso di loro avi pel matrimonio (art. 64), essa dà, per così dire, una nuova consacrazione al vincolo che li lega, e sancisce per tutti una reciproca responsabilità. L'art. 139 costringe

Digitized by Google

i nipoti a somministrare ai loro ascendenti che ne abbiano bisogno gli alimenti: era, dunque, naturale che l'obbligo fosse reciproco. Ma è giusto aggiungere che l'obbligo degli ascendenti è ancora più grave. Quando la legge li ha investiti della facoltà di accordare o negare il loro consenso al matrimonio dei minori, ha presunto che la loro esperienza e il loro senno avrebbe supplito all'inesperienza dei giovani sposi. Acconsentendo, essi assumono su di sè l'obbligo di rispondere delle conseguenze: è dunque chiaro che essi devono accettarle: ora, fra le conseguenze del matrimonio, v'è la venuta dei figli, col dovere di mantenerli e di educarli: se questo dovere non può essere compiuto dai genitori è naturale che ricada sugli ascendenti. *Liberi qui ex filio nascuntur avo sunt oneri,* diceva Fabro (Cod. L. IV. D.3, n°. 1).

Questi ragionamenti sono logici e fondati, quando il matrimonio ebbe luogo col consenso degli ascendenti: ma quando invece fosse stato contratto malgrado la loro opposizione, l'obbligo del mantenimento e della educazione dei figli passerebbe egualmente su di loro?

Mi pare che in questo caso l'obbligo rimarrebbe puramente morale e naturale, ma non civile. Infatti, sarebbe strano che l'ascendente, il quale appunto perchè previde le conseguenze di un matrimonio imprudente, non volle darvi il suo consenso, dovesse poi sopportarle egli stesso, e rispondere della imprevidenza altrui. Senza dubbio, la santità dei vincoli del sangue conserva tutta la sua forza: ma, in diritto, l'ascendente che ha negato il suo consenso ad un matrimonio, non è obbligato ad incaricarsi del mantenimento o dell'educazione dei figli che ne vengono a nascere.

Digitized by Google

209. Della sanzione che garantisce l'obbligo dei genitori verso la prole.

Una quistione assai agitata è la seguente: — l'obbligo dei genitori verso la prole, è esso solamente naturale, o è anche civile, cioè, guarentito da un'azione? In altri termini, i genitori potrebbero essere tratti in tribunale, per esservi condannati all'adempimento dei loro doveri? E possono esservi tratti gli ascendenti? — Le opinioni sono molto diverse.

Alcuni fanno una distinzione: il dovere di mantenere i figli, dicono essi, è civilmente obbligatorio: i gènitori che vi manchino possono esservi costretti dall'autorità giudiziaria. Invece, il dovere di educarli e di istruirli, cioè, di dar loro un complesso di cognizioni necessarie per metterli in grado di farsi una posizione in armonia con quella della loro famiglia, questo, si dice, non è giuridicamente obbligatorio: è un precetto della morale, efficacissimo per le coscienze oneste, ma a cui la legge non può dare la guarentigia di una sanzione civile. Coffinières (*Encyclopédie du droit, V°. aliments,* I, 6) e Marcadé (sull'art. 385 del Codice francese) sostengono questa tesi. Zachariae è d'un'opinione contraria: egli ammette un'azione ma solo ne' casi gravissimi.

Ma questa distinzione fra il mantenimento e l'educazione è puramente sofistica: anzitutto, la legge non ne fa alcuna, e parla nello stesso articolo dell'obbligo che hanno i genitori di « mantenere, educare ed istruire la prole »: e dove la legge non distingue, perchè distingueremo noi? Ma v'è una considerazione più

Digitized by Google

grave e più decisiva, che domina la quistione e che toglie ogni controversia.

Quando i due coniugi chiamano alla vita una creatura, si deve presumere che essi hanno la coscienza del loro atto e delle conseguenze che reca. Essi sanno che il loro figlio è un essere umano, a cui non basta dare quel nutrimento che si dà ad ogni altro animale, ma che bisogna fare di più; aggiungere, cioè, quel nutrimento che costituisce precisamente la differenza fra l'essere umano e gli altri animali; vale a dire, l'educazione e l'instruzione. Essi assunsero su di sè stessi la responsabilità di dargli la vita: hanno dunque l'obbligo inesorabile di metterlo in grado di conservarla degnamente da sè.

Che deve dunque fare la legge? Essa deve formolare questa obbligazione dei genitori e accompagnarla d'una sanzione. Sarebbe strano, invero, che dopo aver detto che i genitori hanno il dovere di « mantenere, educare ed istruire la prole » il legislatore credesse di aver terminato il suo còmpito, e che non rimanesse altro a fare, perchè lo scopo che si propone fosse raggiunto. Ma non è nè può essere così: l'obbligazione formolata e consacrata dall'art. 138 ha una sanzione nell'azione civile che apre, e dee farne ottenere l'adempimento.

Gli è appunto in forza di questo stesso principio che la legge dopo aver dichiarato che ciascuno è obbligato non solo pel danno che cagiona col fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, aggiunge mediatamente che il padre e, in sua mancanza, la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi (art 1153). Con che si è

Digitized by Google

voluto significare che l'obbligo dei genitori di educare i loro figli li rende responsabili della buona o cattiva condotta di questi; e l'art. 1153 contiene anch'esso una nuova sanzione civile dell' obbligo riconosciuto dall'art. 138. E come potrebbe la legge imputare ai genitori le colpe dei figli, se non li reputasse civilmente obbligati ad educarli e ad istruirli? Come si vede, tutto si lega: e le disposizioni della legge si spiegano.

Ma a chi appartiene l'azione che nasce dal dovere di educazione e d'istruzione imposto ai coniugi dal matrimonio? Appartiene, anzitutto, a ciascuno di loro due: pel solo fatto del matrimonio, essi hanno contratto *ambedue* l'obbligazione di mantenere ed educare i loro figli: e l' uno può esigere l'adempimento dall'altro. Così, per esempio, quando il padre è abbastanza ricco da poter dare ai figli una educazione conveniente, e invece li abbandona, o non fa dar loro che un'educazione derisoria, la madre può chiamarlo dinanzi ai tribunali, ed esigere che sia costretto all'adempimento de' suoi doveri.

L'azione spetta in secondo luogo ai figli medesimi: ma essendo minorenni, essi non possono esercitarla: per cui, uno dei parenti più vicini, od anche il Pubblico Ministero hanno facoltà di surrogare i figli ed agire per loro (arg. dall'art. 233).

Si noti che l'obbligazione dei genitori conserva tutta la sua forza, anche quando i figli possiedono dei beni personali, sia che i genitori ne abbiano l'usufrutto legale, sia che non l'abbiano. Queste sono considerazioni accidentali le quali non influiscono sui doveri naturali e civili che nascono dal matrimonio.

Quanto agli ascendenti, essi non possono esser civilmente obbligati se non quando sia stabilita in

Digitized by Google

modo non dubbio l'impotenza assoluta dei genitori di adempire le loro obbligazioni verso i figli. Inoltre, i loro doveri sono meno estesi. Quando poi i figli possiedono del proprio, nessun obbligo può più pesare sugli ascendenti.

210. Del matrimonio e del collocamento dei figli.

Il dovere supremo dei genitori verso i figli è quello di mantenerli e di educarli: quando lo abbiano adempito, non si può esigere altro da loro. Senza dubbio, un genitore affettuoso e intelligente si preoccupa sempre dell'avvenire delle sue creature, del loro collocamento, sopratutto di quello delle figlie: ma in diritto, questi sono sopratutto doveri morali e naturali, a cui la legge non può nè deve dare sanzione alcuna, perchè sarebbe una intromissione ingiustificata nel campo degli affetti e degli interessi domestici.

In molte parti d' Italia, in Francia, e dovunque la patria potestà era organizzata quasi esclusivamente a beneficio del padre, le figlie avevano, come compenso, un'*azione dotale* contro di lui: esse potevano obbligarlo giudiziariamente a fornir loro, in ragione del suo patrimonio, una dote per maritarsi. Il Codice Napoleone abrogò questa azione, adottando il principio contrario della intera libertà dei genitori.

Il legislatore italiano seguì questo stesso principio: e l'art. 147 dispone in fatti che i figli non hanno azione verso i genitori per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo. Ma questa disposizione non passò senza discussioni e contrasti.

Digitized by Google

Troviamo nella relazione del Vigliani che la Commissione senatoria agitò vivamente la quistione se non si avesse a fare una eccezione per la dotazione delle figliuole. In tutta Italia, prima del Codice attuale, se si eccettuano le provincie parmensi, era sancito l'obbligo dei genitori di dotare le figliuole non provviste di beni proprii. Quest'obbligo vigeva anche in quelle provincie, dove le femmine erano ammesse al pari dei maschi alla successione. Però, esaminata maturamente la quistione, e fatto riflesso, da una parte, alla somma difficoltà di fissare una giusta misura della dote senza aprir l'adito a funeste liti domestiche, dall'altra, alla naturale propensione ed all'interesse dei genitori di procurare alle figlie un collocamento, venne reputato migliore consiglio togliere ogni azione senza eccezione, confidando nell'amore e nel sentimento morale dei padri e delle madri verso le loro figlie.

Il nuovo Codice, col togliere alla figliuola il diritto di reclamare, ha anche inteso di mettere le famiglie al riparo da seduzioni e da minaccie: perchè è cosa troppo sconveniente vedere una figlia ed un suo amante farsi scudo di un'intemperanza o di un eccesso per circuire il padre e costringerlo a dare la dote. Se si pone mente al complesso dell'organismo del nuovo Codice, è facile vedere che il diritto alla dote poteva e doveva sopprimersi senza pregiudizio delle figliuole.

La Commissione coordinatrice esaminò la stessa quistione: e alcuni proposero di ristabilire l'azione dotale: ma la loro proposta fu respinta, per tre principali ragioni.

La prima fu che accordando alle figlie cotal diritto, che è un'anticipata successione, per non offen-

Digitized by Google

dere l'uguaglianza nella famiglia che si voleva appunto inaugurare col nuovo Codice, bisognava di necessità estenderlo anche ai maschi, i quali non hanno ora maggiori ragioni delle femmine sulla successione; entrando in questa via, si sarebbe creato un semenzaio di quistioni difficili a risolversi, le quali sarebbero state causa di arbitrio e si sarebbero messi i genitori nella più triste condizione, esponendoli al pericolo di vedersi spogliati dai loro figli.

La seconda, che sono esagerati i timori, che i genitori non obbligati a dotare le figlie, possono impedirne od incagliarne il matrimonio, giacchè è ben certo che essi fanno invece onerosi sacrifici, per ben collocarle; e se talvolta si oppongono al matrimonio di esse, non lo fanno per lo più che nell'interesse delle medesime, e per trattenerle dal contrarre unioni sciagurate, delle quali non tardano poi a pentirsi, che pertanto la miglior cosa era quella di confidare nella pietà paterna: che al postutto se in qualche rarissimo caso può trovarsi un genitore il quale per sola avarizia neghi la dote per un conveniente matrimonio della propria figlia, ben più frequenti sono i matrimonii di capriccio e di seduzione, cui conviene per quanto è possibile, lasciare ai genitori il modo d'impedire: che da due inconvenienti è prudente scegliere il minore e il meno frequente. A questo proposito si ricorda che in Francia, all'epoca delle discussioni che precedettero la pubblicazione del Codice Napoleone, ad un oratore il quale faceva la stessa proposta, si rispose che col nuovo Codice si era già tanto affievolita la potestà paterna, che conveniva non indebolirla di più, togliendo ai genitori anche questo mezzo indiretto di autorità sui figli.

La terza ragione poi che si addusse era il pericolo che, accordando alle figlie l'azione dotale, si potesse talvolta cagionare la rovina delle famiglie, perchè, sia per accertare la possibilità o no di dare la dote, sia per determinare il quantitativo, si sarebbero sempre dovuti svelare lo stato di fortuna ed i segreti della famiglia; il che, oltre al riuscire doloroso e sommamente irritante pei genitori, al segno anzi di creare tal fiata odii implacabili, sarebbe sempre stata dannosa al credito ed alla considerazione di tutta la famiglia, ed avrebbe potuto sovente rovinare un'industria od un commercio fiorente, od impedire il collocamento di altre figlie della stessa famiglia, non meno, se forse non più, degne dell'interessamento paterno di quella che avesse voluto maritarsi senza la volontà dei genitori (*Processi verbali*, n°. 10).

Se tutte le ragioni addotte in favore dell'art. 147 non sono egualmente gravi, è però innegabile che ve ne sono in numero ed in forza più che sufficiente per giustificarne l'adozione: e credo che gli inconvenienti temuti dall'abolizione dell'azione dotale sono incomparabilmente minori di quelli a cui ha sempre dato luogo. Appena occorre aggiungere che se vi poteva essere dubbio in favore del diritto delle figlie, obbligate dai costumi e dalle leggi a cercare nel matrimonio una posizione, che il lavoro non può dar loro, essendo ad esse chiuse tutte le vie, questa ragione non esiste menomamente pei figli, i quali hanno mille modi per provvedere a sè stessi colla loro attività.

Digitized by Google

211. Del debito alimentare in generale

Non era necessario che venisse il legislatore a proclamare il debito dei genitori di provvedere ai loro figli, e ai figli di alimentare i loro genitori. Un dovere adempiuto fin dai popoli più selvaggi, in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ha il carattere più evidente di una legge naturale della società umana. Il còmpito che si propone adunque il legislatore si fu, non di creare questo dovere, ma di determinarne il carattere e l'estensione, di assicurarne in modo efficace l'adempimento. *Necare videtur*, dice energicamente il diritto romano, *qui alimonia negat* (Dig. L. 4, *de agnosc. et al. lib.*). Gli è per impedire una simile enormità che la legge, dopo aver indicato il debito, dichiara su chi esso pesa, in quale misura.

Le persone fra le quali esiste l'obbligo degli alimenti sono: i figli verso i genitori e gli altri ascendenti (art. 139): il suocero, la suocera, il genero e la nuora, reciprocamente (art. 140), i fratelli e le sorelle, in certi casi determinati (art. 141).

La legge traccia pure la misura secondo la quale devono somministrarsi gli alimenti, misura regolata in conformità dei vari gradi di parentela, dei bisogni degli uni e della sostanza degli altri. Essa indica parimente quali sono le circostanze che fanno nascere l'obbligo alimentare. E regola in ultimo le diverse modificazioni che, per cambiamento di circostanze, quest'obbligo può subire.

Perchè gli alimenti siano dovuti, è necessario che vi sia il concorso di quattro condizioni: 1° che colui che li domanda si trovi in uno dei gradi di paren-

Digitized by Google

tela o di affinità esplicitamente determinati dalla legge: 2° che non solo si trovi nel bisogno, ma anche nella impossibilità di provvedervi col suo lavoro e colla sua industria: 3° che la persona cui li domanda sia obbligata per legge a dare gli alimenti: 4° che sia in grado di poterli dare. Come vedremo, i fratelli e le sorelle, per ottenere gli alimenti, devono adempire maggior numero di condizioni.

Quando si verifichi il concorso di queste quattro condizioni, la domanda di alimento dev'essere di necessità ammessa. Non si deve cercare se il bisogno nel quale si trova colui che domanda derivi da colpa sua o no (a meno che si tratti di fratelli o sorelle): la legge non fa distinzione alcuna; anzi, facendola espressamente in un caso, la esclude negli altri. Un solo motivo legittimo giustificherebbe il rifiuto degli alimenti; quando colui che li domanda fosse sano e robusto, ma non volesse lavorare: la legge non può accordare un premio all'infingardaggine ed al vizio.

Si ammette però generalmente un caso nel quale il debito alimentare cessa: gli è quando il creditore degli alimenti si è reso colpevole verso il debitore di un fatto colpevole, per ragione del quale sarebbe escluso dalla successione (art. 725). Si può, di fatti, sostenere che la legge in questo caso spezza ogni vincolo di parentela, poichè ne fa cessare il diritto più importante, cioè, il diritto alla successione. La maggior parte dei giurisconsulti sono d'accordo su questo punto. (Toullier II, 614: — Duranton, II, 385 — 418: Marcadé, sull'art. 211 del Cod. Napol.: Mourlon, I, 748). Demolombe però (II, 51) sostiene la tesi opposta: ma non mi pare che distrugga i forti motivi che conducono all'eccezione del debito alimentare.

Digitized by Google

L'obbligo di somministrare gli alimenti cessa colla morte dell'obbligato, quantunque il medesimo li somministrasse in esecuzione di sentenza: così l'art. 146. Con questa disposizione è risolta la controversia lungamente agitata, se, cioè, l'obbligo alimentare sia personale o no: dichiarandolo estinto con la morte dell'obbligato, è chiaro che la legge lo ha considerato come strettamente personale: l'art. 146 tronca ogni rapporto giuridico fra chi riceveva gli alimenti e gli eredi di chi glieli dava. Non so fino a che punto questa disposizione sia giustificabile, sopratutto nel caso in cui gli alimenti fossero stati somministrati in esecuzione di una sentenza: è una deroga al diritto comune che non mi pare appoggiata da motivi sufficienti.

212. Delle persone che si devono reciprocamente l'obbligo degli alimenti.

1° *L'obbligo dei genitori e degli altri ascendenti.* Il primo dei doveri è che i genitori nutriscano i figli e che i figli nutriscano i genitori. A dir vero, l'art. 138 imponendo ai genitori l'obbligo di mantenere e di educare i figli, pare che vi abbia implicitamente compreso il loro dovere altresì di alimentarli. Ma bisogna fare una distinzione: l'obbligo di cui parla l'art. 137 consiste sopratutto in ciò, che i genitori devono allevare i loro figli fino all'età in cui siano in grado di bastare a sè stessi, guadagnando onorevolmente la propria sussistenza.

Adempiuto questo dovere, può nascerne un altro di diverso carattere, quello cioè, quando il figlio, per infermità o per altra causa, si trovi nel bisogno e senza mezzi di provvedere alla propria vita, di venirgli

Digitized by Google

in aiuto, sia servendolo in casa propria, sia fissandogli una pensione alimentare.

Fra questi due doveri esistono alcune differenze che importa significare. Il primo, quello che si può chiamare *dovere di educazione,* ha per oggetto, non già una somma di danaro, ma un insieme di cure da dare: il secondo è puramente pecuniario. L'importanza di questa distinzione sta in ciò; che l'uno e l'altro di questi due doveri producono diversi effetti. Anzitutto, il dovere di educazione non implica, come ognun vede, il principio della reciprocità che è inerente al debito alimentare: così i figli devono bensì ai genitori dei soccorsi pecuniari: ma non possono essere giuridicamente obbligati a prestar loro delle cure; questo è un dovere puramente morale: gli affini non si devono cure: ma il debito alimentare esiste riguardo alcuno di loro. — Quando uno dei coniugi muore, il solo sopravvivente deve delle cure ai figli: invece, il debito alimentare è, in questo caso, sopportato in concorso dal coniuge sopravvivente e dagli ascendenti dell'altra linea (Marcadé, sull'art. 203 del Codice civile fr.: — Demolombe, II, 379 — Mourlon, I, 739).

Notiamo intanto che se il figlio sia sano, ed abbia un'arte o professione con cui poter vivere, *possit se exhibere,* non ha più diritto di chiedere gli alimenti fuori di casa.

Il debito alimentare è valido anche a vantaggio dei figli che si siano maritati senza il consenso dei genitori o degli altri parenti. La figlia maritata può pretendere gli alimenti senza essere prima obbligata ad alienare la dote; tanto più conserva poi il diritto agli alimenti, anche quando la sua dote fosse consu-

Digitized by Google

mata, ed essa ridotta alla indigenza (*Nov.* 12, *cap.* 2 — Voet, *ad Pandect. tit. de agn. et al. lib. n°* 5).

2° *Obbligo dei figli e altri discendenti* — Come logica e naturale reciprocità, i figli sono tenuti a somministrare gli alimenti ai genitori ed agli altri ascendenti che ne hanno bisogno (art. 139). *Iniquissimum enim quis merito dixerit,* dice la citata L. 5 (*Dig. de agn. et al. lib.*) *patrem egere, cum filius sit in facultatibus.* Nè meno energico è Cicerone: *parentibus nos primum natura conciliat, quos non alere nefarium est* (*De resp. arusp.*) Quest'obbligo è egualmente imperioso per figli legittimi, per figli naturali, e per figli adottivi.

3° *Gli affini in certi gradi* — La reciproca obbligazione degli alimenti ha pure luogo tra suocero, suocera, genero e nuora (art. 140). Quantunque la legge non ne parli, tuttavia è ammesso generalmente che il genero e la nuora devono gli alimenti non solo al suocero ed alla suocera, ma anche agli altri loro ascendenti: e reciprocamente, che gli alimenti sono dovuti non solo dal padre e dalla madre al coniuge del loro figlio o figlia, ma anche dagli altri ascendenti medesimi (Duranton, II, 406 — Demolombe, II, 20 — Demante, I, 408 — Mourlon, I, 742).

I figliastri devono essi gli alimenti alla matrigna od al patrigno, cioè, al secondo coniuge di un loro genitore? La legge tace: e dal suo silenzio non si può argomentare per estendere un onere che essa non impone. Si esclude quindi che l'obbligo alimentare possa estendersi al patrigno o alla matrigna: per conseguenza, questi non hanno lo stesso obbligo verso i figliastri. È un obbligo tutto morale, che si deve desiderare di vedere adempiuto, ma che non dà azione a chicchessia.

Secondo l'art. 140, l'obbligazione degli alimenti

Digitized by Google

fra affini cessa: 1° quando la suocera o la nuora sia passata a seconde nozze; 2° quando il coniuge da cui derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge ed i loro discendenti, siano morti. È notevole questa disposizione della legge, tutta a danno della donna. Se la madre di mia moglie si rimarita, conserva bensì i suoi diritti alimentari verso sua figlia, ma non verso di me: se invece è mio suocero che passa a seconde nozze, non solo mia moglie, ma io pure siamo sempre obbligati a provvedergli gli alimenti. Non è una vera assurdità? Se qualcuno è da presumersi nel bisogno, non è piuttosto una suocera che un suocero? Si è cercato di giustificare questa distinzione col dire che la suocera, rimaritandosi, passa in un'altra famiglia di cui prende il nome, e che, per conseguenza, deve nutrirla: mentre il suocero, riammogliandosi, conserva il proprio nome nella propria famiglia (Delvincourt, I, nota 279).

Ma questa ragione, dice ottimamente Mourlon, è poco concludente. Che la suocera, in caso di bisogno, debba prima dirigersi a suo marito o ai di lui ascendenti, si capisce: ma se il marito e i nuovi affini sono impotenti a soccorrerla, è giusto che il genero e la nuora si credano sciolti da ogni dovere? Ciò non mi pare dimostrato Forse la differenza viene da ciò che la legge vede poco di buon occhio le seconde nozze delle vedove, e con meno sfavore quella dei vedovi.

Cessando per la suocera rimaritata il diritto agli alimenti, cessa egualmente il suo debito? Certamente che sì: non ha più il vantaggio, è giusto che non abbia l'onere: *secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda* (*De reg.*

Digitized by Google

iur. ant. l. 10). D'altra parte, carattere essenziale del debito alimentare è la reciprocità: e le ragioni adotte per fare un'eccezione non mi sembrano concludenti. La legge dice: *l'obbligo cessa:* e cessa quindi per tutti.

Il nostro Codice ha fatta un'aggiunta al francese: estende la cessazione dell'obbligo alimentare anche alla nuora che si rimarita.

Quest'obbligo cessa parimente, secondo l'art. 140, quando il coniuge da cui derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge ed i loro discendenti siano morti.

L'art. 52 dispone che l'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal quale deriva, salvochè per alcuni effetti nei casi specialmente determinati dalla legge. Quello indicato dall'art. 140 è precisamente uno di questi casi. Il vincolo di affinità rimane, e produce, per esempio, un ostacolo al matrimonio, quando sia in certi gradi, ma cessa l'obbligo degli alimenti.

4° *I fratelli e le sorelle* — È controverso in Francia se i fratelli e le sorelle avessero in certe condizioni, diritto agli alimenti: il nostro Codice risolve il dubbio, disponendo che alla somministrazione degli alimenti strettamente necessari abbiano diritto anche i fratelli e le sorelle, quando per un difetto di corpo o di mente, o per qualsivoglia altra causa non imputabile a loro colpa, non se li possono procacciare. Si noti però che il principio era già stato ammesso in Italia da alcuni dei Codici vigenti prima dell'attuale: e sono il Codice delle due Sicilie, art. 197, il Parmense, art. 114, l'Albertino, art. 121, e l'Estense, art. 150.

Le condizioni necessarie perchè i fratelli e le so-

Digitized by Google

relle possano esigere gli alimenti sono adunque le seguenti:

1° Che per un difetto qualsiasi di corpo o di mente non se li possano procacciare. Non basta perciò che essi si trovino nella miseria: sebbene la giurisprudenza piemontese abbia sempre ritenuto che il fratello agiato debba gli alimenti alla sorella povera, questo principio, che aveva la sua giustificazione nei vantaggi necessari accordati dal Codice Albertino ai maschi a danno delle femmine, non ha più ragion d'essere sotto l'impero del Codice italiano che parifica i figli dei due sessi nella divisione dell'eredità. Oltre la miseria presente, l'art. 141 esige che il fratello o la sorella bisognosa si trovi in tale condizione fisica o morale da non potersi procacciare gli alimenti: in questo caso solo nasce il diritto di pretenderli.

2° È necessario che il difetto di corpo o di mente o qualsivoglia altra causa, che li abbia messi nella impossibilità di procacciarsi gli alimenti, non sia imputabile a loro colpa. Questa condizione, come ognun vede, è alquanto elastica: ad ogni modo, parmi che si debba interpretare restrittivamente, onde non vedere illusoria la pretesa disposizione che impone ai nati dagli stessi genitori l'obbligo di assistersi a vicenda: *ex aequitate haec res descendit, caritateque sanguinis.*

Verificandosi queste due condizioni, i fratelli e le sorelle nel bisogno hanno diritto alla somministrazione degli alimenti strettamente necessarii. Essi sono, come si vede, meno favoriti degli affini, benchè in materia ereditaria, i loro diritti siano i primi, e i suoceri e le suocere non ne abbiano alcuno.

213. — Dell'ordine da seguirsi tra le persone che sono tenute al debito alimentare.

Determinata l'esistenza del debito alimentare e la qualità delle persone che hanno diritto di reclamarlo, la legge passa a indicare qual è l'ordine da seguirsi tra le persone su cui cade l'obbligo dell'adempimento: e riempie così una lacuna della maggior parte dei Codici italiani e stranieri: infatti, i soli Codici parmense ed estense vi avevano provveduto, benchè in modo incompleto (Cod. parm. art. 112 e 113; esten. 115, 149).

Secondo l'art. 142, l'obbligo degli alimenti cade in primo luogo sopra il coniuge. Gli articoli 130, 132 e 133 avevano già ampiamente sancito il diritto e il dovere dei coniugi di assistersi a vicenda. L'art. 142, dovendo determinare una gradazione, comincia con istabilire che il coniuge nella miseria, prima di ricorrere ai figli o agli ascendenti, deve esigere gli alimenti dall'altro coniuge, strettamente obbligatovi dal vincolo medesimo del matrimonio.

Seguono i discendenti: qui la legge comincia ad adottare per guida l'ordine di successione che la legge ha stabilito fra loro: essendo giusto che chi ha la speranza della successione abbia l'onere degli alimenti: *ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet.* Ma non si perda d'occhio che il debito dei figli di dare gli alimenti ai genitori non è fondato sul diritto ereditario, bensì sui doveri medesimi di natura: *alere patri nocesse est, non propter hereditatem, sed propter ipsam naturam.*

Dopo i discendenti, vengono gli ascendenti: ed

Digitized by Google

anche il debito loro ha la sanzione della legge (articolo 138).

Mancando o non potendo gli ascendenti, l'obbligo degli alimenti cade sopra il genero e la nuora: dopo di questi, vengono il suocero e la suocera; e finalmente i fratelli e le sorelle. Qui, come si vede, si cessa di seguire la regola ereditaria, poichè i fratelli e le sorelle, eredi immediati, vengono dopo i suoceri, i generi e le nuore. La regola è però richiamata in vigore, nello stabilire la gradazione fra i discendenti: infatti il capoverso dell'art. 142 dispone che fra i discendenti la gradazione è regolata dall'ordine con cui essi sarebbero chiamati alla successione legittima della persona che ha diritto agli alimenti (art. 736 e seguenti).

214. — Della misura del debito alimentare.

Colla parola *alimenti* s'intende non solo il nutrimento propriamente detto, ma anche l'abitazione, le vesti, le spese di educazione, di malattia e funebri. *Legatis alimentis*, diceva già il diritto romano, *cibaria et vestibus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.* (L. 6 *D. de alim. et cib.* — Vedi pure LL. 43 e 44, § *de verbor. signif.*). Lo stesso diritto romano aggiungeva una quarta spesa, quella che può necessitare una malattia: *valetudinis impendia* (L. 45, *D. de usufr.*) « Il legato di alimenti, così l'articolo 816, comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie durante la vita del legatario, e può anche estendersi, secondo le circostanze, all'istruzione conveniente alla sua condizione ». Tale è il concetto generale degli alimenti.

Digitized by Google

Ma in qual misura devono essere assegnati gli alimenti? E una volta fissata la cifra, è essa immutabile? Questi due punti sono regolati dagli articoli 143 e 144, così concepiti: « Gli alimenti debbono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda, e delle sostanze di chi deve somministrarli. — Se dopo l'assegnazione degli alimenti sopravviene una mutazione nelle condizioni di chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvederà per la cessazione, la riduzione o l'aumento, secondo le circostanze ».

Per determinare adunque la misura degli alimenti da fornire, il primo elemento da tenersi a calcolo, sono i bisogni di quelli che li ricevono: e questi bisogni devono essere apprezzati secondo la loro età, il loro sesso, la loro educazione, la posizione sociale, lo stato di salute o di malattia, il luogo che abitano; bisogna investigare se si trovano in una condizione di miseria assoluta o se solamente i loro mezzi sono insufficienti: insomma, è necessario conoscere una quantità di circostanze di cui i soli tribunali sono giudici sovrani (Richeri, *Instit.* 326). Gli è in questo senso che si esprimeva Portalis dinanzi al Corpo legislativo. Dopo aver detto che gli alimenti comprendono tutto ciò che è necessario alla vita, aggiungeva: « bisogna distinguere due specie di necessari: l'assoluto e il relativo. L'assoluto è regolato dai bisogni indispensabili della vita: il relativo, dalla posizione e dalle circostanze. Il necessario relativo è dunque eguale per tutti gli uomini; ma l'assoluto non lo è. La vecchiaia ha più bisogni che l'infanzia, il matrimonio che il celibato, la debolezza ne ha più che la forza, e la malattia ne ha più che la sanità ».

Digitized by Google

L'obbligo però di fornire gli alimenti non importa quello di pagare i debiti: *parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum ejus non esse cogendum exsolvere, rescriptum est* (L. 5, 16, *D. de agnosc. et al. lib.*). Questa massima di diritto romano venne sempre accettata dai giureconsulti e dai tribunali. (Pothier, 392 — Duranton, II, 398 — Vazeille, II, 507 — Demolombe, 53).

Il secondo elemento che si richiede per determinare la misura del pagamento del debito alimentare sono le sostanze di quelli che lo devono soddisfare. Così si deve tener conto della condizione di queste sostanze: si deve ricercare se sono mobiliari o immobiliari, se gravate da vincoli o no, e via discorrendo.

La misura però degli alimenti, benchè fissata, non è immutabile: e può essere modificata ogni qual volta sopravvenga una mutazione nelle condizioni di chi li somministra o di chi li riceve. Nulla di più razionale. Sarebbe assurdo che l'obbligato a pagare una somma per alimenti, venendosi a trovare nella impossibilità di provvedere ai proprii bisogni, dovesse nondimeno continuare a provvedere ai bisogni di altri. Non sarebbe meno assurdo che l'alimentato, divenuto ricco ed agiato, continuasse a ricevere un soccorso di cui non ha più mestieri, e a cui non ha più diritto. Era dunque naturale che fosse riconosciuta la facoltà al tribunale di modificare o abrogare affatto l'obbligo alimentare, quando cessassero le cause che lo hanno fatto nascere o determinare.

La somma fissata per gli alimenti può adunque essere ridotta, tolta od accresciuta, secondo le circostanze: ma si richiede per ciò l'intervento dell'autorità

Digitized by Google

giudiziaria: *quae de novo emergunt, novo indigent auxilio*, è un antico assioma giuridico.

215. Come si può soddisfare il debito alimentare.

Secondo l'articolo 145, chi deve somministrare gli alimenti, ha la scelta di soddisfare a tale obbligazione, o mediante una pensione alimentaria, o col ricevere e mantenere nella propria casa colui che ha diritto agli alimenti. L'autorità giudiziaria però a facoltà, secondo le circostanze, di determinare il modo di somministrazione degli alimenti. In caso di urgente necessità, l'autorità giudiziaria può eziandio porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico di un solo fra quelli che vi sono obbligati, od obbligati in sussidio, salvo il regresso verso gli altri.

La regola adunque è che chi deve fornire gli alimenti ha la scelta del modo con cui intende soddisfare quest'obbligo. Ordinariamente la prestazione alimentaria si fa col pagare una pensione in denaro. Colui che la dà non può essere costretto a ricevere in casa propria la persona cui deve alimentare: purchè adempia il debito suo, nessuno può esigere di più. Tale è la regola: ma vi sono le eccezioni.

Importa notare la differenza fra il Codice italiano e il Codice francese. In quest'ultimo troviamo i due articoli seguenti: Se la persona che deve fornire gli alimenti prova che non può pagare la pensione alimentaria, il tribunale potrà, con cognizione di causa, ordinare che essa riceverà in casa propria, nutrirà e manterrà la persona a cui dovrà gli alimenti. Il tribunale pronuncierà egualmente se il padre o la madre

Digitized by Google

che si offrirà a ricevere, nutrire e mantenere in casa propria il figlio cui darà gli alimenti, dovrà essere in questo caso dispensato da pagare la p nsione alimentaria (art. 210, 211).

Come si vede, la differenza fra i due Codici è essenziale. Il nostro lascia al debitore la scelta del modo di soddisfazione del debito alimentare: non è che in certe circostanze che l'autorità giudiziaria interviene per determinare il modo essa stessa. Non si fa pei figli nessuna delle distinzioni stabilite dal Codice francese. Il sistema italiano è quindi più lodevole assai, come quello che concilia i diritti del creditore con la maggior convenienza del debitore. Ciò non vuol dire che chi ha diritto agli alimenti sia a mercè di chi glieli deve: il giudice ha piena facoltà, ove occorra, di decidere quale sia il modo più conveniente di prestazione. Le circostanze poi che il giudice deve esaminare, sono l'età, il sesso, la posizione sociale, ec.: la legge non poteva che formulare, il principio, lasciando ai tribunali l'applicazione.

Una prudente innovazione del nostro Codice è quella contenuta nell'ultimo capoverso dell'articolo 145, che assicura pei casi d'urgenza il sollecito adempimento dell'obbligo alimentare. È, come si vede, una eccezione al principio di diritto che non ammette la solidarietà nè l'indivisibilità di quest'obbligo. Ciò che la legge vuole è che quando un infelice si trova in bisogno supremo ed urgente, debba essere provveduto.

Circa la solidarietà dell'obbligo dei figli di fornire ai genitori gli alimenti, sono notevoli le seguenti osservazioni di Pothier: « Allorchè vi sono più figli, se ciascuno di essi ha i mezzi di pagare tutta la pensione, devono essere condannati solidariamente a pa-

Digitized by Google

garla. Questo debito è solidale, allorquando ciascuno dei figli possiede quei mezzi, essendo chiaro che ciascheduno d'essi considerato come solo, è obbligato pel tutto. Il concorso degli altri che ne hanno i mezzi al pari di lui gli attribuiscono un regresso contro di essi, ma non lo dispensa di faccia ai genitori dall'obbligo di pagare esso solo il debito alimentare: (*Du contrat de mariage*, 391).

Fra le molte altre prove della protezione speciale della legge all'obbligo degli alimenti si può aggiungere questa: che, cioè, non possono essere pignorati gli assegni per alimenti, eccettochè per credito alimentare; in questo caso il pignoramento non può farsi se non con la permissione dell'autorità giudiziaria, e per la pensione determinata da essa (Codice di proc. civ., art. 592): mentre la legge 14 aprile 1863 dichiara che le pensioni civili sono insequestrabili fa un'eccezione per caso di debito di alimenti (art. 36).

Digitized by Google

LEZIONE XXXIII.

DEL DIVORZIO E DELLA SEPARAZIONE IN GENERALE E DEI MOTIVI PEI QUALI È AMMESSA LA SEPARAZIONE

216. Del divorzio e degli argomenti con cui è combattuto.

Secondo la legge civile, il matrimonio è un contratto: tutti i sofismi che si possono accumulare non gli toglieranno mai questo carattere. Chi ne volesse dubitare non ha che ad esaminare le condizioni essenziali che si richiedono per contrarlo, e i motivi che aprono l'azione di nullità: tutto concorre a confermare che, ove si escluda il concetto religioso, il matrimonio è un contratto *sui generis* bensì, ma null'altro che un contratto.

Conseguenza necessaria di questo principio avrebbe dovuto essere la facoltà di scioglierlo, sia per violazione dei patti essenziali del matrimonio, sia per libero consenso delle parti. E il Codice Napoleone, che primo in Europa lo sottrasse alla Chiesa per restituirgli il suo carattere, seppe esser logico, ed ammise il divorzio. Non fu che sotto l'effetto della reazione che

Digitized by Google

il governo della ristorazione con una legge (8 maggio 1816), inspirata da motivi puramente religiosi, soppresse il divorzio, e non lasciò sussistere che la separazione. Basta leggere le relazioni che precedettero la legge, la discussione cui diede luogo, per convincersi che si fu soltanto per omaggio alla chiesa cattolica che si sancì l'indissolubilità del vincolo coniugale.

Era da sperare che non esistendo in Italia questo spirito di reazione religiosa, ma regnandovi una specie di fanatismo anticlericale, i nostri legislatori si sarebbero mantenuti nella medesima sfera del diritto, e avrebbero ammesso il divorzio: ma così non avvenne. Nessuno dei diversi progetti di Codice civile che si seguivano osò allontanarsi dalla dottrina cattolica del matrimonio: e il principio della indissolubilità fu appena messo in discussione.

« Il divorzio, così il Pisanelli, non fu ammesso nel Codice, perchè secondo il concetto del medesimo il matrimonio è un atto civile che interessa profondamente lo Stato; e perchè è necessario che sia contratto colla severità che deriva dal concetto della indissolubilità, e perchè infine esso ripugna assolutamente ai nostri costumi .» Il Vigliani veniva in appoggio del Pisanelli: « La legge, diceva egli, esclude la idea del divorzio, non per motivi religiosi, ma per motivi dettati dall'interesse della società civile, ed ammette soltanto la separazione per cause determinate. La sola morte, ultima linea delle cose umane, romperà il nodo che stringe gli sposi. Il mutuo loro consenso non varrà neppure a farlo cessare. Una obbiezione si suol fare dai difensori del divorzio, la quale, non pel suo vero, ma perchè corre per le bocche di molti, non sarà

Digitized by Google

lasciata senza risposta. Si suole osservare che la indissolubilità del matrimonio sia una conseguenza in tutto propria dell'elemento religioso, ed incapace di derivare da un atto di natura umana e contrattabile, essendo principio non contraddetto nell'ordine civile che le obbligazioni nascenti dal consenso dei contraenti si risolvano del pari con mutuo consenso. Donde si deduce che la legge civile non possa scompagnare il matrimonio dal divorzio, senza incorrere nell'errore logico di ammettere la ragione e la genesi del divorzio e di rifiutarne gli effetti. Quest'argomentazione, aggiunge il Vigliani, non regge ad un serio esame. »

Egli osserva in primo luogo che se è vero che il matrimonio fu dichiarato indissolubile dalla religione cattolica e da qualche altro culto, ciò non esclude che, nell'ordine naturale e nell'ordine civile, possano anche esistere motivi abbastanza gravi per far riconoscere e stabilire la stessa indissolubilità del vincolo civile del matrimonio. La natura umana che, secondo il Vigliani, vuole stabili e costanti le unioni dell'uomo e della donna per la procreazione della specie e per l'educazione dei figli e che pon nel cuore dell'uomo l'istinto della famiglia e della società, non è certamente favorevole al divorzio, il quale gravemente pregiudica la formazione e lo sviluppo della famiglia. Vi si mostra non meno avverso l'interesse della società civile, di cui l'ordine, la pace e il morale svolgimento sentono dai divorzi funesto pregiudizio. La religione e lo Stato si trovano d'accordo su questo punto, come in molti altri attinenti all' ordine morale. Il Vigliani è convinto che quando una legge collocasse nella soglia del matrimonio e nel suo seno la idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze e ne detur-

Digitized by Google

perebbe l'onestà, perchè quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto.

Secondo il Vigliani, è poi inesatto chiamare contratto il matrimonio per ciò solo che si fonda sopra il consenso dei coniugi. Non è il matrimonio un contratto più di quello che lo sia la società civile, che pure l'ardito filosofo di Ginevra diceva figlia di un gran contratto sociale da lui ideato. Gia fu detta con mesta ragione che il matrimonio è una grande instituzione sociale, che nasce bensì dalla volontà del marito e della moglie, ma riceve dalla sola e immutabile autorità della legge la sua forma, le sue norme e tutti i suoi effetti. Invano gli sposi nel contrarre matrimonio tenterebbero di regolare i loro doveri e diritti, la costituzione della famiglia, gli effetti personali della loro unione in modo diverso da quello che la legge provvede. Or qual è il contratto che presenta questi caratteri? Gli antichi romani davano nome di atti legittimi a quelli che si compievano dai cittadini dinanzi ai magistrati e toccavano lo stato delle persone.

Non è neppur vero, in terzo luogo, continua il Vigliani, che negli atti contrattuali basti sempre il consenso delle parti a sciogliere i vincoli che il loro consenso ha stabiliti. Ciò non può dirsi di quelle obbligazioni il di cui adempimento non riguarda ai soli contraenti, ma interessa eziandio i terzi e l'intera società, come avviene appunto nelle obbligazioni dei coniugi: le quali abbracciano tutti i membri della famiglia, e indirettamente il corpo sociale, per la solidarietà dell'interesse che prendono alla loro stabilità ed osservanza il buon ordine e la proprietà di ambe le società: la domestica e la civile. In questo caso non può essere nello arbitrio dei contraenti di distrug.

Digitized by Google

gere col loro consenso uno stato di cose che essi crearono bensì colla loro volontà, ma a cui vanno collegati altri diritti ed altri interessi di un ordine superiore ai privati loro dissensi. Sta qui luogo la massima legale: *quae ab initio sunt voluntatis, post factum fiunt necessitatis.* Un esempio consimile per ragioni meno potenti s'incontra nell'adozione, atto legittimo presso gli antichi, vincolo di relazione famigliare, che una volta contratto, più non dipende dalla volontà dell'adottante e dell'adottato il disfarlo, ma dura per tutta la loro vita. Non evvi certamente nell'adozione la menoma influenza del principio religioso.

Ho voluto riprodurre colla maggiore esattezza gli argomenti da cui fu determinato il legislatore a sancire nel Codice l'indissolubilità del matrimonio. Ma non è difficile mostrare come nessuno di essi resista seriamente all'esame.

Questi argomenti si possono riassumere così: — il divorzio ripugna alle tendenze naturali dell''uomo; — ripugna pure ai nostri costumi: — è contrario all'interesse dei figli; — all'interesse della società. Gli è per queste ragioni che non si può considerare il matrimonio come un semplice contratto. Vediamo quale ne è il valore.

217. Esame degli argomenti con cui si combatte il divorzio.

È egli vero che il divorzio ripugna « a quell'istinto « della famiglia e della società che la natura pose nel « cuore dell'uomo? » Evidentemente, il legislatore ha osservato tutt'altra cosa che i fatti. Che, per regola generale, l'uomo ami la famiglia, e senta il bisogno

Digitized by Google

di educare i figli che ha procreati, siamo d'accordo. Ma basta consultare le statistiche delle nascite illegittime e dei figli abbandonati per convincersi che questo istinto dell'uomo e della donna non ha quella prepotenza assoluta che gli viene attribuita. Senza dubbio, quando due contraggono matrimonio, si promettono di star sempre insieme: qui è l'istinto della famiglia che li guida. Ma l'istinto non fu mai considerato come movente durevole o razionale. Poniamo che dopo qualche tempo all'amore che li ha uniti succeda l'odio, che il vitupero venga ad assidersi al loro focolare, che ingiurie e crudeltà siano il pane quotidiano della vita domestica, che farà allora « l'istinto della famiglia? » E in omaggio alla santità del matrimonio, li condannerete a vivere odiandosi, dando così uno spettacolo che certo non accrescerà molto prestigio alla instituzione che volete proteggere? E consentirete che la donna adultera o prostituta continui a trarre nel fango il nome del marito?.O che il marito vizioso od infame sia eternamente il carnefice della moglie? E tutto ciò in omaggio agli istinti che la natura pose nel cuore dell'uomo? In verità, questo argomento non può prendersi sul serio: tanto più che v'è un dilemma inesorabile che lo distrugge: — o il divorzio ripugna davvero all'istinto che la natura pose nel cuore dell'uomo: e allora, perchè temerlo? Chi vi ricorrerà, sono coloro che hanno istinti degradati e corrotti: e costoro non sono degni della qualità di sposi: — o il divorzio è una necessità nata dalle imperfezioni della umana natura, e in questo caso non si può proibire senza una vera violenza e una vera tirannia.

« Il divorzio, aggiunge il Vigliani, ripugna ai nostri costumi .» Potrei qui ripetere il dilemma che pre-

Digitized by Google

cede, e che conserva tutta la sua forza. Ma vi sono ben altre ragioni per confutare questo argomento. Prima di tutto, che prova si adduce per dimostrare che il divorzio ripugna ai costumi? In Italia non fu in vigore che pochi anni, sotto l'impero del Codice Napoleone. La statistica di allora c'insegna che i casi di divorzio non erano frequenti, ma avvenivano, e quasi sempre, per cause gravi: dunque allora non ripugnava. Sopravvennero i sette od otto governi che si divisero l'Italia come una proprietà: in nome del diritto divino e della teocrazia ripristinarono il matrimonio religioso. Non è la loro autorità che si può far valere contro il divorzio. Se v'è paese che vi sia preparato, è anzi l'Italia, a cui i suoi grandi legislatori l'avevano dato: e non è certo al diritto romano che il senatore Vigliani ha chiesto l'autorità dei dettati per sostenere l'indissolubilità del matrimonio. È singolare poi che si dica ripugnante alla natura umana ed ai buoni costumi il divorzio, che era in vigore presso gli Ebrei, i Persiani, i Greci, i Romani: che regnò dovunque fù esteso il Codice Napoleone: e che ora è ammesso in Inghilterra, in Russia, in Isvezia, in Polonia, in Prussia, nella Svizzera, nella Danimarca, in Olanda, nel Belgio e negli Stati-Uniti. Sicchè, secondo il Vigliani, gli istinti della natura non esistono presso la maggior parte dei popoli inciviliti. In verità, simile argomentazione è così meschina, che non comprendo come possa essere uscita dalla penna di quel valente giureconsulto: il quale, solo che avesse paragonato la moralità domestica degli Inglesi, degli Olandesi, dei Danesi, degli Svizzeri, dei Belgi e degli Americani del Nord, con quella degli Italiani, degli Spagnuoli e dei Francesi pei quali il rispetto del vincolo coniugale è

Digitized by Google

argomento di disprezzo e di derisione, egli non avrebbe certamente osato sostenere, in nome dei buoni costumi, l'indissolubilità del matrimonio.

Resta l'interesse della prole, cui si crede contrario il divorzio, pel disdoro che reca su di essa. Sarebbe al certo (dirò col Buniva, che ha combattuto con poderosi argomenti e con forte dottrina la indissolubilità del matrimonio), sarebbe al certo leggerezza inescusabile il contestare il danno che dal divorzio dei genitori sentono i figli, come il negare la dolorosa impressione che simil fatto produce tra gli onesti cittadini. Ma forsechè cotesti danni o scompaiono, o sono minori, ammessa la sola separazione di abitazione? Ben lungi di evitarsi o diminuirsi d'importanza, crediamo essere nel vero, asserendo che sono essi maggiori e più deplorabili: ed ecco come. Nel più dei casi, i coniugi separati si abbandonano, ciascuno dal canto suo, a nuovi affetti, e stringono novelli legami, i quali, per essere illegittimi, sono la vera causa per cui i figliuoli debbano perdere ogni affetto ed ogni stima pei genitori, vedono distrutta ogni garanzia che essi curino zelantemente la loro educazione, e per tal modo costituiscono la vera sorgente del pubblico scandalo. Tristo spettacolo invero è codesto di due persone, che sono ancora dalla legge considerate come legittimi coniugi, e che pure pubblicamente si tengono come sciolti da ogni impegno, e consacrandosi a nuovi amori, convivendo bene spesso col nuovo oggetto della loro affezione, offendono il senso generale di moralità e di decenza! A chi frattanto la colpa di questi gravissimi mali? Alla legge, che timida ed ipocrita, nei casi di impreteribile necessità di dissoluzione di un vincolo divenuto impossibile, si ricusa di sciogliere.

Digitized by Google

Poniamo per lo contrario che gli sposi siano resi liberi pel pronunziato divorzio; essi potranno, senza perdere la stima dei loro figli e quella di tutti gli uomini dabbene, senza offesa del pubblico decoro, addivenire ciascuno ad una nuova legittima unione; e mentre si potrà acconciamente provvedere per la educazione dei figliuoli del primo vincolo, questi dovranno bensì amaramente dolersi della disgrazia dei loro genitori, costretti a distruggere un vincolo che doveva durare per tutta la vita: ma non avranno ad arrossire della condotta indecorosa ed immorale degli autori dei loro giorni.

A queste sagaci osservazioni del Buniva ne aggiungerò una sola; ed è che se l'interesse della prole si oppone al divorzio, dovrebbe opporsi parimente alle seconde nozze del genitore vedovo. Eppure la legge le autorizza, essendone gli inconvenienti assai minori dei vantaggi: perchè le stesse ragioni non valgono pel divorzio?

Quanto all'interesse della società, ho poco a dire. La società è il complesso dei cittadini: ciò che conviene a questi come singoli, non può che convenire alla società. E, del resto, non credo che la moralità sociale guadagni molto dallo spettacolo di matrimoni turpemente macchiati o divenuti esecrabili ai due sposi: guadagnerebbe molto più a vederli sciolti.

Non posso a meno, quindi, di esprimere la speranza che, in una nuova revisione del Codice, si corregga questo resto di teocrazia, e che si ritorni al savio e ragionato sistema sancito dal Codice Napoleone, il quale conciliava le ragioni della santità del matrimonio con le severe necessità che ne rendono talora necessaria la dissoluzione col divorzio.

Digitized by Google

« Quando noi pensiamo, dirò col Gabba, che l'indissolubilità del matrimonio è da secoli condannata da metà della civile Europa, che in Francia, abolita dalla grande rivoluzione, che venne ristorata dalla Camera INTROVABILE, che in Inghilterra, or sono pochi anni, per render meno difficile lo scioglimento dei matrimoni, si costituiva un' apposita Corte, laddove prima non era competente per decidere che la Camera dei Lordi, da tutti questi insegnamenti storici noi ci sentiamo tratti a credere che l'instituzione del divorzio sarà in non lontano avvenire in tutta la civile Europa uno dei più solenni segnali di completa vittoria del diritto filosofico sul teocratico .» (Gabba, *Studi di legislazione comparata*, pag. 238).

218. Dello scioglimento del matrimonio.

« Il matrimonio, così l'art. 148, non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi .» Con questo articolo è nettamente troncato ogni dubbio sulla possibilità di un altro scioglimento, che non sia la morte.

In altri tempi, e sotto l'impero dei Codici modellati sul Napoleonico, la morte civile produceva gli effetti della morte naturale, e traeva seco lo scioglimento radicale e definitivo del matrimonio. Ora che in quasi tutta Europa la morte civile venne abolita, nessuna condanna ha facoltà di scioglierlo; e la stessa condanna a morte non produce effetto alcuno, se non quando sia eseguita.

Il diritto canonico ammetteva come motivo legittimo di scioglimento del matrimonio la conversione di un coniuge alla religione cattolica, mentre l'altro rimaneva accattolico. La legge ebraica riconosceva in

Digitized by Google

certi casi determinati la facoltà del divorzio, come nel caso di sterilità della donna. Il Codice ha ora messo termine a tutti questi modi di scioglimento; e non ne riconosce che uno, la morte naturale.

Si aggiunga che l'assenza di un coniuge, per quanto abbia durato, anche trenta o quarant'anni, non basta a sciogliere il vincolo matrimoniale: quando pure vi fossero tutte le probabilità più solide e più fondate sulla morte del coniuge assente, tutto ciò non varrebbe a tener luogo dell'atto di morte, che solo ha forza di sciogliere il matrimonio. La legge non ha eccezioni in nessun caso, per chicchessia: il suo linguaggio è formale: « il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi .»

219. Della separazione dei coniugi.

La legge, escludendo il divorzio, ha ammesso la separazione personale dei coniugi, della quale si può dire che ha tutti gli inconvenienti del divorzio senza averne i vantaggi.

Che ne abbia tutti gli inconvenienti, si comprenderà certamente quando si pensi che essa, come il divorzio, rompe difatti la famiglia, che apre il campo a scandalosi processi, a odii violenti, a turpi rivelazioni, getta i due coniugi in un sistema di vita di cui è facile prevedere le conseguenze, inizia i figli a segreti di vergogne domestiche, produce, in una parola, tutti, tutti senza eccezione i danni del divorzio. Ma non ne produce i vantaggi, perchè, obbligando due esseri che si odiano o si disprezzano, a trascinare finchè vivono la catena che li lega uno all'altro, impedisce la costituzione di nuove famiglie oneste, e spesso è causa di

Digitized by Google

delitti atroci, a cui ricorre un coniuge per isbarazzarsi dell'altro. Si aggiunga che la certezza di non perder mai la qualità di moglie è per molte donne un incentivo a soccombere: mentre la possibilità del divorzio avrebbe per risultato di frenare le loro male tendenze. I fatti parlano con eloquenza: e i costumi delle donne nei paesi ove il divorzio è ammesso, paragonati a quelli delle donne dei paesi dove è solo in vigore la separazione, spiegano abbastanza quale sia una delle cause della superiorità dei primi sui secondi.

La legge ha determinato le cause per le quali può ottenersi la separazione: e sono: — l'adulterio; — l'abbandono volontario; — gli eccessi, sevizie, minaccie gravi di un coniuge all'altro; — la condanna di un coniuge ad una pena criminale; — la mancanza di residenza fissa o conveniente.

Queste cause sono limitative: del resto, esse abbracciano tutti i casi un pò serii che possono determinare la separazione. Le infermità, la perdita stessa della ragione, una malattia contagiosa, non sarebbero motivi sufficienti per domandare la separazione (Massol, *Traité de la séparation de corps*, pag. 57).

220. Dell'adulterio.

La legge colloca naturalmente l'adulterio come prima fra le cause per le quali può esser domandata la separazione. Il principale fra i doveri che si contraggono reciprocamente al matrimonio è la fedeltà: e la violazione di questo patto dovrebbe dar luogo, come negli altri contratti, a rescissione o nullità. Il nostro Codice si contenta della separazione.

Digitized by Google

L'adulterio però è stato generalmente considerato sotto un aspetto assai diverso e distinto secondo che ne sia colpevole il marito o la moglie. E l'articolo 150, fedele in ciò alle tradizioni, dispone che non è ammessa l'azione di separazione per l'adulterio del marito, se non quando egli mantenga la concubina in casa, o notoriamente in altro luogo, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca un' ingiuria grave alla moglie. Così, l'adulterio della moglie in qualunque modo sia provato, dà azione al marito per ottenere la separazione: ma l'adulterio del marito non dà azione alla moglie se non quando è accompagnato da certe circostanze determinate.

Ho già espresso il mio pensiero su questa differenza di apprezzamento dello stesso fatto, fondata unicamente sull'accidente del sesso. Il diritto canonico, sotto questo aspetto, era assai più equo e più logico dei Codici civili, perchè applicava con giusta imparzialità le stesse regole all'adulterio del marito e della moglie.

Nel seno della Commissione legislativa fu fatto un onorevole, ma vano tentativo di ristabilire, almeno nella colpa, la parità fra i coniugi: un commissario (il prof. Precerruti il cui nome si trova sempre quando si tratta di qualche savia, generosa e progressiva dottrina da far prevalere) propose l'abolizione della differenza stabilita fra l'adulterio dei coniugi, facendo osservare che, in qualunque modo succeda, contiene quella gravissima offesa che può dare diritto al coniuge di separarsi da quello che gliela fa. La Commissione respinse la liberale proposta, mettendo innanzi i soliti argomenti sul diverso peso degli effetti prodotti dall'adulterio dei due coniugi, essendo a'suoi

Digitized by Google

occhi, quelli prodotti dalla colpa della moglie più fatali e più gravi, e aggiungendo che si doveva antivenire il rischio che le donne, più immaginose e più facili a cedere a consigli troppo incautamente amorosi, o troppo perfidamente insidiosi, non si appiglino talvolta leggermente al consiglio della separazione. (Seduta 25 aprile 1865). In forza di queste considerazioni, mille volte ripetute e mille volte confutate, la distinzione fu mantenuta. È da notare che era stata difesa in pieno Parlamento da un illustre giureconsulto col dire che se il semplice adulterio del marito bastasse, come quello della moglie, a legittimare la separazione, egli non sapeva se molti coniugi avrebbero continuato a vivere insieme. L'ilarità generale che accolse la cinica dichiarazione mostrò l'adesione della Camera all'opinione dell'oratore.....

Il primo caso nel quale l'adulterio del marito può dare azione di separazione alla moglie è quello ch'egli abbia non solo una concubina, ma la mantenga nel domicilio coniugale. Mantenere una concubina significa avere delle relazioni illecite e abituali con una donna: dico abituali, perchè questa è condizione essenziale e costitutiva del concubinato. Si è lungamente discusso sulla significazione della parola *casa:* e si è chiesto se la casa di campagna, per esempio, o un'altra casa spettante ai coniugi, benchè raramente abitata da loro, possano dirsi contemplate dalla legge, nel senso che costituiscano il domicilio coniugale. Ma queste discussioni sono oramai sottigliezze senza oggetto: ciò che sia la casa è una quistione di fatto, da risolversi dai tribunali, i quali, provato l'adulterio continuato e abituale, non potranno esitare a definire il luogo in cui avrà avuto luogo. E se non sarà la casa propriamente

Digitized by Google

detta, basta che sia invece « notoriamente un altro luogo » (art. 150) perchè l'oltraggio fatto alla moglie debba considerarsi come completo, e tale, perciò, da darle azione per ottenere la separazione dal marito.

Meritano d'esser riprodotte a questo riguardo le parole del relatore della Commissione senatoria: « nello esaminare le cause legittime di separazione, ben si riconobbe conforme a prudenza che l'adulterio del marito non faccia luogo alla separazione, se non quando il marito mantenga la concubina in casa, o notoriamente in altro luogo: ma si avvisò pure che lo stesso debba essere nei casi in cui l'adulterio sia accompagnato da circostanze tali che, costituendo un grave insulto alla moglie, le rendano non più tollerabile la convivenza col marito; come avverrebbe se essa lo avesse sorpreso in flagrante infedeltà. In questo senso pronunciossi unanime la giurisprudenza francese, ancorchè il testo della legge vi si ribellasse; una giurisprudenza tanto giusta e morale è sembrata meritevole di essere scritta nella legge, a scanso d'ogni incertezza in argomento così delicato .»

Questi motivi determinarono l'inserzione nell'articolo 150 di due disposizioni, una delle quali considera come abbastanza provata la colpa abituale del marito, quando egli mantenga la concubina « notoriamente in altro luogo » che non sia la casa comune: l'altra, che « vi concorrano circostanze tali che il « fatto constituisca un'ingiuria grave alla moglie .» Il Vigliani cita il caso in cui il marito sia colto in flagrante: a questo si possono aggiungere altri casi, come quando le sue colpevoli relazioni abbiano dato luogo a qualche scandalosa pubblicità, o risultino da un processo, o siano stabiliti in modo che la pubblica

Digitized by Google

opinione debba considerarle come uno spregio alla moglie, questa ha diritto di agire e di ottenere la separazione.

Se il progresso dei costumi non è un vanto fantastico, ma una realtà, esso deve esercitare la sua influenza anche nell'adempimento dei più sacri doveri che nascono dal matrimonio, primo dei quali è la fedeltà. *Libertà mal costume non sposa,* ha detto un nostro poeta: e la legge che favorisce il mal costume, assicurandogli l'impunità, quando implica un'offesa ai diritti, sarebbe una legge disonesta e pericolosa. Ecco perchè, nell'applicare l'art. 150, il magistrato deve essere severo indagatore delle prove da cui risulti l'adulterio del marito, e applicare la legge ogni qual volta gli risulti provato, onde proteggere con efficacia la santità del vincolo coniugale.

221. Degli eccessi, sevizie, minaccie e ingiurie gravi.

La separazione può essere parimente domandata per causa di eccessi, sevizie, minaccie e ingiurie gravi; appena occorre dire che questa causa di separazione è speciale alla moglie, la quale non è da credere che possa rendersi colpevole verso il marito, di simili torti. Il Codice penale italiano contiene una disposizione che viene a completare quelle dell'art. 150: « i cattivi trattamenti di un coniuge verso l'altro, così l'art. 515, quando siano gravi e frequenti, sono puniti coll' ammonizione, con comminatoria degli arresti in caso di recidiva .»

Ma che s'intende per eccessi e sevizie? Secondo i giureconsulti, sono eccessi e sevizie tutti gli atti di

Digitized by Google

violenza che oltrepassano ogni misura, e potrebbero, continuando, mettere anche in pericolo la vita del coniuge che le subisce. Le decretali davano agli eccessi e sevizie un senso più rigoroso ancora: bisognava che fossero tali che la moglie non avesse altro mezzo di mettere la sua vita al riparo del pericolo che la separazione: *si tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri.*

L'art. 150 non definisce il carattere degli eccessi e delle sevizie che possono autorizzare la domanda di separazione: se ne riferisce alla giurisprudenza, che deve regolarsi sui fatti: ora i fatti cambiano d'importanza e di gravità secondo l'età, il sesso, la qualità, la salute, ecc., del coniuge che è vittima dell'altro.

A propriamente parlare, eccessi sono le violenze o gli attentati coi quali uno dei coniugi comprometta la vita dell'altro: e possono, quando assumono una certa gravità, dar luogo a serii procedimenti criminali. (Cod. pen. ital., art. 516). Secondo il Codice Napoleone (art. 231), erano motivo sufficiente di divorzio, del pari che le sevizie, le quali abbracciano tutti quegli atti di crudeltà o di malvagità che rendono bensì la vita insopportabile, ma non la compromettono, come le vie di fatto, i cattivi trattamenti. Ma qui è il caso di ripetere le giuste osservazioni di Merlin: « i dispiaceri, i travagli, gli stenti possono e devono essere, fino a un certo punto, messi sulla stessa linea che gli eccessi e le sevizie. Che importa, difatti, che una donna soccomba vittima degli effetti lenti, ma irresistibili, del dolore che le infliggono gli oltraggi continui di un marito che la odia, o che spiri addirittura sotto i di lui colpi! (Rep. *Separation de corps*) .» —

Resta ora da vedere in quali condizioni gli ec.

Digitized by Google

cessi e le sevizie aprono l'azione di separazione. Un fatto isolato, ma reprensibile, basta egli? O è egli necessario che vi sia una così frequente riproduzione di atti colpevoli da provare l'intenzione scellerata e ben decisa da parte di uno dei coniugi, di rendere all'altro la vita insopportabile? La legge tace: ma dall'esposizione dei motivi del Codice Napoleone possiamo dedurne che, l'abitudine non è punto una condizione necessaria, per fare dei mali trattamenti una causa di separazione: ciò che è indispensabile (e ciò risulta dal discorso di Treilhard al corpo legislativo) è che i fatti abbiano abbastanza gravità da rendere impossibile la convivenza ulteriore dei coniugi. Ma, come osserva con ragione Dalloz, esigere l'abitudine per gli eccessi e le sevizie, sarebbe supporre nel legislatore una inconseguenza o una durezza affatto incompatibile con l'insieme delle disposizioni sulla materia.

Circa la parola *eccessi*, si era dubitato da taluno nel seno della Commissione legislatrice se non potesse dirsi superflua, essendone il concetto incluso nelle altre parole di *sevizie, minaccie ed ingiurie* che le fanno seguito. Ma essendosi notato da altri come possa avvenire il caso di danni recati da un coniuge alla salute dell'altro, i quali derivino veramente da un riprovevole eccesso, come sarebbe, a mo'd'esempio, quello di un coniuge che infettasse l'altro di lue venerea, i quali eccessi non possono essere qualificati di sevizie od ingiurie, la Commissione legislativa mantenne la parola (Seduta 25 aprile 1865).

Quanto alle minaccie, esse devono essere tali da incutere fondato timore anche in persona di senno ordinario: e quando consti che il coniuge il quale se ne renda colpevole, è di carattere violento, e facile a pas-

Digitized by Google

sare dalle minaccie all'esecuzione, v'è ragione sufficiente perchè si possa procedere alla domanda di separazione.

Anche le ingiurie, quando sono gravi, danno motivo di separazione: e per ingiurie si deve intendere ogni atto, verbale o scritto, che rechi offesa all'onore del coniuge contro cui è diretta. È difficile caratterizzare la gravità delle ingiurie: come osservano generalmente i giureconsulti, una parola è gravissima ingiuria per la donna che appartiene ad una classe in cui l'educazione rende più acuta la sensibilità mentre sarebbe pressochè senza importanza in persone vissute nelle classi incolte, per le quali le espressioni in generale sono assai meno convenienti e misurate. La diffamazione è un'ingiuria grave, nel senso della legge, quando è diretta da un coniuge contro l'altro e la pubblicità, che è, di regola, condizione essenziale di questo reato, non è punto necessaria perchè il coniuge offeso possa domandare la separazione (Merlin, *Rep. Sep. de corps*, I, — Vazeille, II, 549 — Dalloz, *Séparation de corps*, 28). La pubblicità, in questo caso, accrescerebbe la gravità dell'ingiuria.

Fra i casi nei quali l'ingiuria grave può risultare dagli atti o dalle parole dei coniugi si può citare ogni accusa di fatti colpevoli o vergognosi: — l'imputazione aperta di adulterio, e quella che risulta virtualmente da un' azione in negazione di paternità; — le lettere ingiuriose scritte da un coniuge all'altro, o dirette a persone che avevano diritto di comunicarle: — tutti questi ed altri fatti simili possono, secondo le circostanze, dare motivo di separazione.

Motivo sufficiente di separazione, per ingiuria grave, deve finalmente considerarsi il rifiuto di un

Digitized by Google

coniuge di prestarsi alla celebrazione religiosa del matrimonio, quando sia stato convenuto di procedervi, dopo la celebrazione del matrimonio civile. È questa un'ingiuria gravissima, sia perchè ferisce le più rispettabili convinzioni, sia perchè dimostra il più deplorabile dispregio delle promesse fatte. Aggiungo anzi che, se anche non vi fosse impegno preso, ma non se ne fosse neppur parlato, purchè la celebrazione religiosa fosse stata sottintesa, vi sarebbe egualmente motivo di separazione. A che obbligare alla convivenza due disgraziati, i quali mostrano sin da principio le più ostili disposizioni? E che bene sperare da un matrimonio che comincia con simili auspici?

Riassumendo, si può dire, di regola generale, che ogniqualvolta v'è motivo serio di separazione, e i tentativi di riconciliazione, siano riusciti inefficaci, il magistrato non deve esitare a pronunciarla, perchè ogni sentenza che la rifiuti, e condanni due coniugi che si odiano a vivere insieme, può essere causa d'incalcolabili calamità.

222. Dell'abbandono volontario.

Fra le cause legittime di separazione fu annoverato con ragione l'abbandono volontario: esso consta di due elementi, il cui concorso è necessario per fargli produrre gli effetti preveduti dall'art. 150; e questi sono, il fatto dell'allontanamento di un coniuge, e l'*intenzione* di lasciare in disparte il coniuge con cui viveva: uno solo di essi non basterebbe a giustificare la domanda di separazione,

La legge, mettendo fra i più essenziali doveri del matrimonio la convivenza e la reciproca assistenza,

Digitized by Google

doveva naturalmente stabilire una sanzione al suo precetto. Benchè il Codice Napoleone non contenga questo motivo di separazione, la giurisprudenza, trattavi dalla necessità delle cose, dovette ammetterlo, considerando l'abbandono volontario e perseverante di un coniuge come una ingiuria grave all'altro, e come tale, sufficiente per motivare la domanda di separazione.

La legge vuole che l'abbandono sia volontario: intendendo con ciò che ove sia stato reso necessario da cagioni indipendenti dalla volontà del coniuge che abbia abbandonato l'altro, s'intende che non vi agisca colpa di sorta. Il concetto della legge è più nettamente spiegato dall'art. 152, il quale dispone che la moglie può chiedere la separazione quando il marito, senza alcun giusto motivo, non fissi una residenza, ed avendone i mezzi, ricusi di fissarla in modo conveniente alla sua condizione. La moglie che, nel concorso di tali circostanze, abbandonasse il marito, non potrebbe essere accusata di abbandono volontario, nè il marito potrebbe prevalersi di questo di lei atto, perchè è già molto se essa, che pure avrebbe diritto di domandare la separazione a suo beneficio, si contenta di abbandonare semplicemente la casa del marito.

Ben inteso, che in nessun caso un coniuge può domandare la separazione per abbandono volontario se prima non fa constare due circostanze: 1° che ha fatto quanto era da lui per ottenere che l'altro coniuge tornasse alla casa comune: 2° che l'abbandono ebbe luogo senza che fosse giustificato da alcuna causa morale o materiale.

223. Della separazione per condanna criminale.

Giusta l'art. 151, la separazione si può eziandio domandare contro il coniuge che sia stato condannato ad una pena criminale, tranne il caso che la condanna sia anteriore al matrimonio e l'altro coniuge ne fosse consapevole. Come opinava con ragione il relatore del Senato, se è sacro dovere dei coniugi di dividere la prospera e l'avversa fortuna, l'uno di essi non può mai essere costretto a dividere l'onta e l'ignominia dei misfatti dell'altro, convivendo col medesimo. Si aggiunga il grave pericolo di sospetto di complicità in altri misfatti che dalla convivenza col malfattore in alcuni casi potrebbe derivare.

Ben lo comprendeva in tutta la sua energia il Treilhard, il quale nella sua esposizione dei motivi del titolo del divorzio, diceva: « costringere un coniuge a vivere con un infame, sarebbe rinnovare il supplizio di un cadavere attaccato ad un corpo vivente ». Ma il Treilhard, logicamente, conchiudeva allo scioglimento di questo vincolo odioso; il nostro Codice si limita a concedere che sia alquanto allungato.

Alla disposizione generale di questo articolo venne fatta un'eccezione, nel caso in cui un coniuge avesse avuto cognizione della condanna dell'altro, prima che il matrimonio fosse contratto. S'intende che la consapevolezza dev'essere provata in modo irrefragabile. Ove ciò consti, si può ripetere col Vigliani che chi non si vergognò di unirsi in matrimonio a un individuo che sapeva macchiato da condanna criminale, non potrebbe essere ascoltato se viene per tal modo a domandare di essere separato.

Digitized by Google

Nel progetto primitivo si stabiliva che si dovessero considerare come motivo di separazione soltanto le condanne criminali pronunciate per reati comuni, escludendo così i reati politici o militari, come quelli pei quali l'opinione pubblica è meno severa. Ma la Commissione senatoria prima, e poscia la Commissione legislativa respinsero questa restrizione, per due ragioni: la prima che, secondo loro, in uno Stato libero non evvi delitto più enorme di quello che si commette a rovina dello Stato e delle politiche sue instituzioni: ma questa ragione val poco. Più seria assai è la seconda, che bisogna rispettare la libertà d'opinione dei coniugi: un reato politico di uno di essi può essere siffattamente odioso all'altro da rendergli del tutto insopportabile la convivenza col delinquente. Si dovea quindi di lasciare a ciascun coniuge il libero apprezzamento delle qualità del crimine che abbia dato luogo alla condanna: aggiungendo, per ultima considerazione, che sebbene non esista più legalmente l'infamia delle pene, tuttavia non si può disconoscere che esista ancora nella pubblica opinione: e per gli abiti pravi che il condannato può aver contratto pei luoghi di pena potrebbe riuscire rincrescevole all'altro coniuge di convivere con lui, qualunque sia il titolo del reato che ve lo abbia condotto.

Un membro della Commissione coordinatrice sollevò la quistione se l'art. 151 sarebbe stato applicato anche nel caso di grazia e di riabilitazione del condannato. Sebbene la Commissione inclinasse a credere che non dovesse cessare neppure in questo caso la domanda alla separazione, tranne quando il coniuge non abbia ancora cominciato a scontare la pena criminale a cui fu condannato, non credè doversi fare al-

Digitized by Google

cuna aggiunta, lasciando che le leggi penali e la giurisprudenza regolino anche per questa materia gli effetti della grazia e della riabilitazione. (Comm. di coordin. sed. 25 aprile 1865). A me pare che la soluzione da darsi a questa quistione debba esser affermativa, poichè il diritto di chiedere la separazione non può essere tolto da una grazia o da una riabilitazione, e il giudice più competente di esercitarlo o no, è il coniuge interessato.

224. Della separazione per mutuo consenso.

Il Codice Napoleone, organizzando il divorzio, ammette che possa aver luogo per mutuo consenso, (art. 235, 275), ma esclude questo mezzo di separazione; nè la legge 10 maggio 1816 lo ha introdotto nella legislazione francese. Il Codice italiano ha creduto opportunamente di riconoscere ai coniugi il diritto di separarsi per mutuo consenso (art. 158). Non è da credersi che due coniugi, per puro capriccio, si decidano ad un atto così grave: e avverrà sempre che la domanda di separazione per mutuo consenso serva a coprire cause gravi, che hanno resa impossibile la convivenza. Si comprende che i due coniugi, volendo in pieno accordo evitare scandalosi dibattiti, si decidano a stendere un velo sulle cause che li costringono a separarsi, e adottino quel solo mezzo che permetta loro di raggiungere il loro intento senza una deplorabile pubblicità.

Un giureconsulto francese, Huc, condanna colla più grande energia la separazione per mutuo consenso: e preferisce la legge francese che lo interdice. E perchè, dice egli, l'avea interdetto? E qui cita le parole

Digitized by Google

del Demolombe: « la verità è, dice il dotto professore di Caen, che questo modo di separazione non può che essere che inutile o fraudolento: inutile, perchè se i coniugi sono veramente d'accordo per trovare l'esistenza comune insopportabile, non hanno bisogno di una sentenza per farla cessare: — fraudolento, perchè la separazione di corpo portando la separazione di beni, avrebbe potuto offrire ai coniugi il facile mezzo d'ingannare i creditori. Si aggiunga che questa facoltà, e forse anche la speranza di riunirsi più tardi, che gli sposi avrebbero sempre conservata, avrebbero scandalosamente moltiplicato queste specie di separazioni volontarie (*Du mariage*, 400).

Il signor Huc, partendo da queste ragioni, che chiama perentorie, conchiude dichiarando assurdo e futile il motivo da cui fu inspirato il legislatore nell'ammettere la volontaria separazione, cioè, il desiderio di aprire ai coniugi cui sia impossibile la convivenza, il mezzo di evitare gli scandali di un dibattimento giudiziario.

Ma tutte le argomentazioni dei due giureconsulti francesi mi paiono assai poco fondate. Anzitutto, gl'interessi dei terzi sono protetti dalla omologazione resa obbligatoria della separazione dei coniugi; e quanto alla soverchia facilità che si tema, essa è poco frenata dalla procedura necessaria che precede la relazione per la omologazione dell'atto di separazione dei coniugi. (Cod. proc. civ., art. 811). E l'esperienza di oltre due anni non prova punto che i timori espressi vengano a verificarsi.

Ma v'è di più. Secondo il nostro Codice, la separazione personale dei coniugi non porta, come in Francia, di pien diritto la separazione dei beni: nel silenzio

Digitized by Google

delle parti lascia anzi le cose nello stato in cui erano prima. Solamente, quando è pronunciata contro il marito, *dà diritto* alla moglie di ottenere la separazione della dote (art. 1418): *dà diritto*, si badi, e non già *produce di diritto;* ma il fondo dotale continua ad essere inalienabile e vincolato al sostegno dei pesi matrimoniali (articoli 1423 e 1424): e pronunciata contro l'uno o l'altro *dà diritto* ad amendue, di chiedere lo scioglimento della comunione (art. 1441). È facile vedere quanto sia grave la differenza fra gli effetti della separazione nella legge francese e nella legge italiana.

Digitized by Google

LEZIONE XXXIV.

DEL PROCEDIMENTO RELATIVO ALLA SEPARAZIONE E DEGLI EFFETTI CHE ESSA PRODUCE.

225. Della formalità della domanda e del tribunale competente.

Esposte le cause per le quali si può domandare la separazione, passiamo ora a vedere quali sono le regole da seguire per presentare la domanda, — dinanzi a qual tribunale, — quali sono i preliminari che devono precedere il giudizio, — quali le misure provvisorie e conservatorie da prendere, — come ha da essere fatta la prova dei fatti allegati, — come dev'essere attuata la sentenza, — e finalmente, quali sono gli effetti della separazione.

Da chi può esser fatta la domanda? Evidentemente, da quello dei coniugi che creda trovarsi in uno dei casi in cui la legge gliene riconosca il diritto. Quando ambedue abbiano motivo di chiedere la separazione, possono farla contemporaneamente (art. 156).

Il Codice di procedura civile regola le formalità da seguirsi per la domanda. Secondo l'art. 506 il

Digitized by

coniuge che vuol domandare la separazione personale deve esibire alla cancelleria del tribunale competente il suo ricorso, esprimendo i fatti che possono darvi luogo, coi documenti giustificativi. Il cancelliere deve notificare, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, che stabilisce il giorno in cui le parti devono comparire avanti di lui. Copia del ricorso e del decreto, è notificata all'altra parte, nei modi prescritti per la citazione e nel termine stabilito nel decreto.

Si noti anzitutto che anche la moglie può presentare un ricorso, senza bisogno dell'autorizzazione maritale. Quanto alla domanda medesima, che importa per la moglie facoltà di stare in giudizio, è il presidente stesso che l'autorizza, prima col decreto con cui egli stabilisce il giorno nel quale le parti devono comparire innanzi a lui, (Cod. proc. civ., art. 806) poi con l'altro decreto che le rimette dinanzi al tribunale (Cod. proc. civ., art. 808).

La legge ha voluto evitare il pericolo che l'intervento di consiglieri legali possa aggravare lo stato d'irritazione delle parti: e perciò dispone che queste debbano comparire personalmente in tribunale, e non possano farsi assistere nè da procuratore, nè da consulenti (Cod. proc. civ., art. 807).

Se la parte istante non comparisce, la domanda di separazione non ha effetto; il presidente condanna la parte istante nelle spese verso l'altra che sia comparsa. Se è invece la parte contraria che non comparisce, il presidente può condannarla a pena pecunaria non maggiore di 100 lire, e ordinare altresì che sia nuovamente citata. Ove però la parte non comparsa giustifichi un impedimento legittimo, si revoca la con-

Digitized by Google

danna e si stabilisce un altro giorno per la comparizione delle parti. (Cod. proc. civ., art. 809).

Qual è il tribunale competente? Non v'è motivo perchè in questa materia si faccia eccezione alle regole ordinarie della competenza. Il marito deve presentarsi al tribunale del proprio domicilio. La moglie essendo domiciliata presso il marito (Cod. civ., art. 18) è dinanzi al tribunale del domicilio maritale che la sua domanda dev'esser regolarmente portata. Se il marito volesse cambiare di domicilio dopo che il ricorso della moglie sia stato presentato, e chiedere il suo rinvio all'altro tribunale, dovrebbe essergli ricusato, per non distrarre la moglie da' suoi giudici naturali. In generale, è bene che le quistioni di persone siano giudicate dal tribunale del paese stesso in cui queste sono domiciliate. Ma nessun articolo di legge proibisce che i coniugi, per evitare gli scandali di un processo nel paese nativo o per altre ragioni personali, si prevalgano della facoltà accordata dall'art. 19 del Codice civile, e scelgano un domicilio nella circoscrizione di un altro tribunale (Cod. di proc. civ., art. 40). In questo caso, la sentenza che ammette la separazione per una delle cause riconosciute dalla legge, dovrà essere trasmessa al tribunale del domicilio delle parti; o, quando si tratti di separazione volontaria, copia dell'atto omologato dal tribunale del domicilio eletto deve parimente essere comunicato al tribunale del domicilio maritale.

226. Dei preliminari di conciliazione.

La gravità degli effetti che la separazione produce, consigliava naturalmente il ricorso a tutte quelle mi-

Digitized by Google

sure che fossero giudicate più acconcie a temperare l'irritazione dei coniugi e indurli a riconciliarsi. Egli è per questo motivo che il Codice di procedura civile impone l'obbligo al Presidente di sentire innanzi tutto separatamente l'uno e l'altro coniuge, e fare in seguito ad ambedue le rimostranze che creda atte a riconciliarli (Cod. proc. civ., art. 808).

Ma quest'obbligo non si estende a tutti i casi di separazione: e fra questi v'è quello del coniuge del condannato a pena criminale. Che effetto potrebbe sperarsi da un colloquio di questi due coniugi col Presidente? La causa che determina la domanda di separazione cambierà essa, pei tentativi fatti dal magistrato? A me non pare. Il Codice Napoleone conteneva sul divorzio una disposizione che si può applicare alla separazione; eccola: « quando il divorzio sarà domandato per la ragione che uno dei coniugi sia stato condannato a una pena infamante, le sole formalità da osservare consisteranno a presentare al tribunale una copia in buona forma della sentenza di condanna, con un certificato della Corte di Assise, portante che questa sentenza non è più suscettibile di essere riformata per via legale (art. 201) ». Come è noto, la condanna del marito al solo carcere, se è per più di un anno, svincola la moglie dall'obbligo dell'autorizzazione maritale: tanto più una condanna criminale deve produrne di pien diritto la separazione, senz'altra formalità che quella indicata dall'articolo ora citato, ogni qual volta la moglie intenda prevalersi del diritto riconosciutole dall'art. 151 del Codice civile italiano.

In tutti gli altri casi, il Presidente ha l'obbligo di fare nel modo che crede più efficace dei tentativi di

Digitized by Google

riconciliazione fra i due coniugi, invitandoli a riflettere sulle conseguenze del giudizio che stanno provocando. Egli deve soprattutto dirigersi al coniuge attore, quello che necessariamente compare pel primo. Se uno dei due fosse nella impossibilità di rendersi in tribunale, il magistrato può recarsi egli stesso al suo domicilio. A dir vero, non v'è testo di legge che glielo impónga: ma, come l'osserva Demolombe, agendo così il Presidente ubbidirebbe ad uno zelo ben inteso.

Può avvenire che il Presidente, dall'insieme dei fatti, possa arguire che i suoi sforzi sarebbero coronati di successo, se chiamasse a sè i coniugi a diverse riprese: ha egli il diritto di esigere diverse comparizioni? La legge non lo proibisce: ed è anzi conforme allo spirito del legislatore che si tenti quanto si può per impedire la separazione. La relazione senatoria contiene a questo proposito le osservazioni seguenti: « l'utilità di questa disposizione (relativa allo sperimento di conciliazione) non poteva rivocarsi in dubbio: difatti l'autorevole interposizione del Presidente fra i due coniugi può riuscire non di rado con prudenti parole a calmare gli sdegni, a ricomporre gli animi da frivole cause turbati e divisi. L'obbligo di sperimentare la conciliazione si sarebbe voluto esteso anche alle domande di separazione per mutuo consenso. Spesso la risoluzione dei coniugi può non essere stata abbastanza ponderata. Le riflessioni di una persona grave ed assennata possono richiamare gli sposi da immaturo proposito a più sano consiglio ».

Come si vede, il legislatore ha veduto nello sperimento di riconciliazione, non già una semplice formalità, ma un serio tentativo, del quale si ripromette ottimi effetti. Non può quindi aver voluto ristringere

ad un solo i colloqui del Presidente coi coniugi. Se però essi persistono nel non volersi riconciliare, se le diverse prove tentate riuscissero infruttuose, il Presidente non avrebbe facoltà d'impedire che l'azione segua il suo corso (Massol, *Sép. de corps, p.* 110) — Dalloz, 112 — Debelleyme, I, 317). Ma a qual limite deve fermarsi il Presidente, e qual mezzo avrebbe l'attore di costringerlo a rendere il decreto, nel caso che questi procedesse a dilazioni indefinite? Non è quasi possibile fissare un limite preciso ai poteri di cui il Presidente è investito a questo riguardo: ma la prudenza gli comanda di usarne con molta riserva, sopratutto quando i motivi della separazione gli paiono gravi. Egli non deve, con lentezze arbitrarie, privare l'attore dei rimedi che la legge ha messi a sua disposizione.

Se la conciliazione riesca, il Presidente ne fa risultare da processo verbale, che deve contenere l'indicazione dell'anno, del mese e del giorno, il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei coniugi, la data del decreto che ordinò la loro comparizione, le loro sottoscrizioni, quella del Presidente e del cancelliere (Cod. proc. civ., art. 808). La riconciliazione ha per effetto immediato ed assoluto di estinguere il diritto di chiedere la separazione: essa induce pure l'abbandono della domanda che fosse stata proposta (Codice civile, art. 153). Essa significa la rinuncia al proprio diritto del coniuge offeso.

Quando invece la conciliazione non riesca, il Presidente rimette con decreto, le parti dinanzi al tribunale, e dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole. La notificazione del decreto che, non essendo stato possibile

Digitized by Google

riconciliare i coniugi, rimette le parti dinanzi al tribunale, per la decisione della domandata separazione, si fa soltanto alla parte che non sia stata presente alla pronunciazione di esso e contiene citazione a comparire (Cod. proc. civ., art. 808, 809).

Analoghe disposizioni contiene l'art. 811 pel caso di separazione volontaria. Il Presidente deve innanzi tutto sentire, nel giorno da lui stabilito, sul ricorso delle parti, l'uno e l'altro coniuge separatamente e fare in seguito ad ambedue le rimostranze che creda atte a riconciliarli. Se la riconciliazione riesca, si fa processo verbale, come nel giudizio di separazione non volontaria. Se la conciliazione non riesca, si fa nelle stesse forme processo verbale del consenso dato dai coniugi per la separazione. Il processo verbale deve inoltre esprimere le condizioni della separazione riguardo ai coniugi e alla prole, le quali però possono modificarsi a richiesta delle parti e secondo le circostanze. La relazione per omologazione del tribunale è fatta in camera di consiglio.

227. Delle misure temporanee e conservatorie.

Abbiamo veduto che, ove la riconciliazione, non riesca, il Presidente, nel rimettere le parti al tribunale, dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole. Questi provvedimenti sono relativi alla custodia dei figli, — alla residenza della moglie durante il processo, — alla provvisione che può esserle accordata, pei suoi bisogni, — e a quelle altre esigenze che secondo i casi possono presentarsi.

Digitized by Google

La legge, a dir vero, non contiene disposizione alcuna circa il genitore cui spetti, durante il processo di separazione, la custodia dei figli. Ma non poteva essere altrimenti, perchè, per decidere quali dei due coniugi sia più degno di questa prova di fiducia, o più acconcio a dare le cure che la prole richiede, è necessario conoscere lo stato vero dei fatti, le cause che diedero luogo alla domanda di separazione, l'età dei figli, e via via. Su queste quistioni il miglior giudice è lo stesso Presidente; e la legge operò saviamente lasciandogli a questo riguardo un potere discrezionale. Nulla osta, del resto, che i coniugi d'accordo affidino i loro figli ad un terzo: a meno che non sia evidente il danno che può venire ai figli stessi, il Presidente non potrà a meno di rispettare la volontà dei genitori.

Quale debba essere la residenza della moglie durante il processo? Qui possiamo procedere per analogia. L'art. 115 dispone che quando la domanda per nullità del matrimonio sia proposta da uno dei coniugi, il tribunale può ordinare, sull'istanza di uno di essi, la loro separazione temporanea durante il giudizio: e può ordinarla anche d'ufficio, se ambedue i coniugi o soltanto uno di essi, siano minori di età: nulla osta a che il Presidente prenda le stesse misure. Di tutte le misure comandate dalla situazione fatta ai coniugi colla domanda di separazione, la più importante è quella che, pel riposo della famiglia, li sciolga dall'obbligo della convivenza. È facile comprendere di fatti, a qual grado d'irritazione potrebbero venire due avversari, sempre in presenza e necessariamente preoccupati dalle cause della loro divisione. Qui non si tratta solo di un inconveniente, ma di un serio pericolo da evitare: e

Digitized by Google

la separazione temporanea è una misura imposta dalla necessità: chiunque sia dei due coniugi il colpevole o l'attore nella domanda di separazione. Il presidente deve quindi fissare egli stesso la residenza provvisoria della moglie; e quanto alla scelta della casa e del paese, « tutto ciò, diremo col Demolombe, è una quistione di convenienza e di apprezzamento, abbandonata al prudente arbitrio del magistrato ».

Il Presidente deve pure prendere le misure necessarie perchè la moglie abbia gli effetti d'uso necessari, secondo il suo stato, la sua fortuna personale, la condizione di suo marito: questi non ha diritto di negarli quando pure la moglie fosse colpevole. È parimente obbligo del Presidente, secondo i casi, di ordinare al marito che provveda alla moglie i mezzi necessari non solo pel proprio sostentamento, ma anche per far fronte alle spese del processo. Quando anche si verificasse il caso preveduto dall'art. 133 che cioè, la moglie allontanatasi dal domicilio coniugale, rifiutasse di ritornarvi, e il marito fosse dispensato dall'obbligo di fornirle gli alimenti, appena sia iniziato il processo di separazione, il Presidente ha piena facoltà di obbligare il marito a provvedere ai bisogni della moglie.

228. Del giudizio di separazione e dei mezzi di prova che i coniugi possono addurre.

La domanda è presentata: le parti sono rimesse dal Presidente al tribunale. Vediamo ora in che modo il giudizio si prosegue, quali mezzi può opporre il coniuge convenuto alla domanda del coniuge attore, e

Digitized by Google

quali mezzi di prova si possono addurre in appoggio delle allegazioni contenute nel ricorso.

Il primo di questi mezzi è quello che si può trarre dalla cosa giudicata. Ed ecco quando. Può avvenire che un coniuge abbia già presentato altra volta una domanda di separazione, allegando fatti i quali o non siano stati giudicati abbastanza gravi, o non sufficientemente provati, e che il tribunale l'abbia respinta. La sentenza negativa, passata in cosa giudicata, è essa di ostacolo ad una seconda domanda? E può prevalersene il coniuge convenuto, per farla respingere di nuovo? — Che una prima domanda in cui si sia soccombuto non sia d'ostacolo ad una seconda, tutti i giureconsulti sono d'accordo: ma questa non può essere ricevuta se non è appoggiata da nuovi fatti e da nuovi motivi. Anzi, Vazeille è d'avviso (II, 570 e seg.) che malgrado una sentenza che rigetta una prima domanda di separazione, se sopraggiungono nuove cause per giustificarla, il coniuge offeso può non solo addurle in sostegno delle sue ragioni, ma ha facoltà di aggiungere anche quelle che aveva già addotte nel primo giudizio e che erano state giudicate insufficienti. Il tribunale è obbligato a tener conto delle une e delle altre.

Poniamo ora che i due coniugi si siano obbligati con convenzione espressa di non domandare mai, per nessuna causa, la separazione. Può un coniuge prevalersi di questa convenzione contro l'altro che vi avesse mancato? No: una simile convenzione non è obbligatoria, perchè si tratta di materie d'ordine pubblico: essa non ha che un valore puramente morale per ambe le parti.

Quistione assai più grave è questa, se la domanda di separazione per eccessi, sevizie, minacce e ingiurie

Digitized by Google

gravi possa essere combattuta, opponendovi una specie di compensazione, la quale risulti da torti reciproci. I giuristi sono assai divisi. Alcuni (Marcadé, sull'art. 272 del Cod. civ. fr. — Demolombe, 416, — Dalloz, 194) credono che sia cosa immorale e pericolosa di ammettere che, per ciò solo che ambedue gli sposi hanno dei torti da rimproverarsi, debbano prendere la facoltà di ottenere la separazione di corpo: dal che verrebbe che, per avere il male oggimai raggiunta tutta la gravità possibile, per essere pervenuti i coniugi a colmare, da una parte e dall'altra, la misura dell'odio e del disprezzo, per essersi reciprocamente ingannati, ingiuriati, — sarebbero irrevocabilmente incatenati! È facile vedere che la legge, così intesa, meriterebbe di essere accusata di complicità nei delitti che una così intollerabile situazione potrebbe far nascere. Il Codice non conosce che un mezzo solo per estinguere il diritto di chiedere la separazione, e di indurre l'abbandono della domanda che fosse stata proposta: è la riconciliazione (art. 153): ma è difficile vedere come si possa trovare un mezzo analogo nella reciprocità dei torti. Respingere la domanda di un coniuge, quando v'e tale gravità di motivi, sarebbe lo stesso che disconoscere lo scopo pel quale è stata instituita la separazione personale. Sarebbe altresì un disconoscere in qualche modo quel principio di diritto penale, secondo il quale nessuna compensazione è possibile nelle colpe prescritte dalla legge. Se il convenuto non ha egli solo tutti i torti, se vi fu provocazione, in questo caso la separazione personale può essere pronunciata per e contro ambedue i coniugi, in considerazione delle conseguenze pecunarie che la sentenza trae seco (art. 156). Però questa dottrina, così logica e così conforme alla

Digitized by Google

lettera e allo spirito della legge, è combattuta da alcuni giureconsulti (Duranton, II, 374 — Vazeille, II, 536; — Massol, 13): ma le ragioni da loro addotte non mi sembrano che distruggano la forza di quelle che la sostengono.

Venendo ora alle prove, appena è necessario dire che *ei incombit probatio, qui dicit, non qui negat* (D. *prob. et praes.* L. 3). Gli elementi poi di convinzione di cui i giudici possono valersi possono essere tratti dalla prova scritta, dalla prova testimoniale, dalle presunzioni, dalla confessione della parte.

La prova scritta può risultare da un atto autentico, per esempio, il testo di una condanna o pena criminale. Anche le lettere private, come dicemmo più innanzi, sono titoli gravissimi pel marito, onde provare la mala condotta della moglie: non servirebbero però nuovamente contro il marito, per provarne l'adulterio e farlo condannare, ove non concorrano tutte le altre condizioni volute dalla legge.

Quanto alla prova testimoniale, è da notare l'eccezione che fa la legge a questo riguardo. Secondo l'art. 236 del Codice di procedura civile, non possono essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta, nè il coniuge, ancorchè separato; o quando siano sentiti, non si ha riguardo alla loro deposizione. L'art 286 del Codice di procedura penale, sancisce lo stesso principio, e lo estende ai fratelli, alle sorelle, agli zii, ai nipoti. Ma nei procedimenti civili i parenti e gli affini possono essere uditi nelle quistioni di stato o di separazione personale fra i coniugi: e nei procedimenti criminali, nel solo caso che si tratti di crimine commesso a danno di qualcheduno di famiglia, quando non se ne possa avere altrimenti la prova.

Digitized by Google

Nel caso adunque di separazione possono essere uditi non solo i parenti, ma anche i domestici: la giurisprudenza su questo punto è formale, e conforme, del resto, alla necessità medesima in cui si è di cercare le prove possibili dove sono.

Anche le presunzioni possono essere ammesse, con valore di prova, quando siano gravi, precise e concordanti. Sebbene l'art. 1354 che contiene la disposizione relativa alle presunzioni sia nel titolo delle obbligazioni, non v'è motivo perchè non possa estendersi a tutti i casi nei quali è ammessa la prova testimoniale. Questa induzione da un fatto noto ad un fatto ignoto ha, d'altronde, sovente tutto il valore della testimonianza la più degna di fede. D'altra parte, siccome il tribunale giudica come giurì, è naturale ch'egli si valga di tutti gli elementi morali e materiali che possono determinare la sua decisione.

Nelle materie ordinarie, la confessione fatta in giudizio è il miglior argomento che si possa addurne contro colui che l'ha fatta, come quella che forma piena prova a danno suo (art. 1356). Questo mezzo di prova non ha però tutti gli stessi effetti nei giudizi di separazione: bisogna che sia fortificato da altri elementi che escludano il sospetto di frode o di violenza morale a danno del coniuge che fosse stato costretto a confessarsi colpevole.

229. Della sentenza.

Il tribunale, esaminati gli atti, i documenti, fra cui il processo verbale della non riuscita conciliazione, deve pronunciare la sentenza.

Ma anzitutto, il dibattimento dev'esser pubblico?

Digitized by Google

Nessun testo di legge fa eccezione alla regola della pubblicità delle udienze. Anzi, l'art. 811 del Codice di procedura civile ordinando che la relazione per l'omologazione della separazione per mutuo consenso sia fatta in camera di consiglio, esclude deliberatamente il segreto pel giudizio di separazione. Senza dubbio, il tribunale può valersi della facoltà accordatagli dall'art. 52 del Codice di procedura civile e, sull'istanza del Pubblico ministero, giudicare a porte chiuse: ma tale ordine dev'essere pronunziato in udienza pubblica, ed inscritto coi motivi nei processi verbali di udienza. La ragione per cui è preferibile la pubblicità dei dibattiti è la necessità di tutelare l'interesse dei terzi, i quali non debbono ignorare il grave cambiamento che ha luogo nella condizione dei coniugi.

Il tribunale che pronuncia la separazione dichiàra quale dei coniugi debba tenere presso di sè i figli, e provvedere al loro mantenimento e alla loro educazione ed istruzione. Può il tribunale per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata in un istituto di educazione, o presso terza persona (Cod. civ., art. 154). Siccome però la separazione non toglie nè i diritti nè i doveri dei genitori, così l'art. 155 saviamente dispone che qualunque sia la persona a cui i figli saranno affidati, il padre e la madre conserveranno il diritto di vigilare la loro educazione. Il tribunale, nella sentenza che pronuncia la separazione, determina, occorrendo, il modo con cui i coniugi debbano somministrare gli alimenti, tenuto conto dei motivi della separazione (Cod. di proc. civ., art. 810).

La sentenza, non occorre dirlo, dev'essere motivata.

Digitized by Google

250. Effetti della separazione personale.

Gli effetti prodotti dalla sentenza circa le persone che pronuncia la separazione sono di due sorta: gli uni concernono le persone, gli altri i beni. Le persone sulle quali la separazione influisce sono i coniugi ed i figli.

Quanto ai coniugi, il principale effetto della separazione è la cessazione dell'obbligo imposto loro dall'art. 130, di vivere insieme: ma il vincolo coniugale conserva tutta la sua forza. Così essi sono obbligati a mantenersi fedeli: con questa differenza però a vantaggio del marito, che, per lui, l'obbligo rimane puramente morale: non essendovi più casa comune, egli non commette più colpa nel condurvi la concubina. Continua l'obbligo dell'assistenza, quello degli alimenti. La moglie però può scegliere dove le piace il suo domicilio: quando è legalmente separata, essa non ha più quello del marito (Codice civile, art. 18), e può dimorare, se le conviene, in una città diversa da quella che abita il marito.

Il marito conserva sempre la potestà maritale. La facoltà di autorizzare la moglie gli rimane, malgrado la separazione, in due casi: 1° quando la separazione sia stata pronunciata contro la moglie; 2° quando sia stata pronunciata contro tutti e due. Se invece è la moglie che l'ha ottenuta contro il marito, essa riprende il pieno possesso della sua personalità civile (articolo 135).

Quanto ai figli, i genitori, benchè separati, conservano su di essi la patria potestà, esercitata dal marito e, in sua mancanza, dalla moglie (art. 220). La sepa-

razione per altro può modificare, in pratica, le condizioni di esercizio di questa autorità, secondo che la ragione e la prudenza consigliano. Così l'art. 154, come abbiamo veduto, autorizza il tribunale che pronuncia la separazione a dichiarare quale dei coniugi debba tenere presso di sè i figli, e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione: anzi, quando vi siano gravi motivi, il tribunale può ordinare che la prole sia collocata in un istitutò di educazione o presso terza persona. La legge lascia anche la facoltà di confidare i figli al coniuge contro cui sia stata pronunciata la separazione: basta che ciò sia consigliato dal vantaggio dei figli, che solo dev'essere guida alle decisioni del tribunale. Appena occorre ripetere che, qualunque sia la persona cui i figli siano affidati, il padre e la madre hanno sempre il diritto di vigilare la loro educazione (art. 155).

Non bisogna però perdere di vista il potere che l'art. 810 del Codice di procedura civile, dà al tribunale di modificare o di rivocare, secondo le circostanze e sull'istanza delle parti, le disposizioni prese circa i figli.

Nell'art. 163 del Codice civile venne introdotta un'importante innovazione, destinata a modificare gli effetti della separazione sulla filiazione legittima, innovazione tratta dalla legge francese 6 dicembre 1850. Con questo articolo venne esonerato il marito che venisse legalmente separato dalla moglie nel momento del concepimento del figlio nato, dal carico della prova di non essere egli il padre. Fu questa una savia disposizione: essendovi presunzione evidente, fino a prova contraria, che qualunque sia il coniuge contro cui la separazione sia stata pronunciata, la gravità dei motivi

Digitized by Google

che li hanno determinati a questo passo avrà impedito ogni ravvicinamento fra loro. La regola vigente su questa materia è dunque la seguente: malgrado la separazione, la massima *pater is est quem nuptiae demonstrant* conserva tutta la sua forza; e i figli nati dalla moglie separata appartengono al marito. Se però egli ne rifiuta la paternità, e intenta l'azione contro la moglie, tutte le sue prove consistono nella sentenza che pronuncia la separazione: spetta alla moglie l'obbligo di provare che, malgrado la separazione, essa ebbe col marito delle relazioni da cui nacque il figlio.

231. Effetti della separazione personale circa i beni.

Il coniuge contro il quale fu pronunciata la separazione subisce le conseguenze della sua colpa: le principali sono: perdita dei lucri dotali; perdita di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi nel contratto matrimoniale; e perdita altresì dell'usufrutto legale. L'altro coniuge conserva il diritto ai lucri e ad ogni altro utile dipendente dal contratto di matrimonio, sebbene siano stati stipulati con reciprocità. Se la sentenza di separazione è pronunciata per colpa di ambedue i coniugi, ciascuno di essi incorre nella perdita sopra accennata, salvo sempre il diritto agli alimenti in caso di bisogno (art. 156). Questi sono gli effetti immediati della sentenza quanto ai beni.

Ma ne produce anche degli altri, non meno gravi, sul diritto successorio del coniuge colpevole, pel quale la separazione personale, come osserva il Pisanelli, costituisce una specie d'indegnità. Quando si sono conculcate le relazioni di affetto, e furono violati i doveri

Digitized by Google

coniugali, il coniuge che diede motivo alla separazione non può essere chiamato a succedere per presunta affezione dell'altro, senza fare oltraggio alla verità e alla coscienza pubblica. Ciò serve a rattenere i coniugi nell'adempimento dei loro doveri. Quando l'armonia domestica possa venire scossa nei sentimenti di affezione, nulla osta a che la legge ponga in moto la molla dell'interesse per produrre effetti analoghi.

Per queste considerazioni venne deciso (art. 757) che i diritti di successione accordati dalla legge al coniuge superstite non ispettano al coniuge contro cui il defunto abbia ottenuto sentenza di separazione passata in giudicato (vedi pure art. 812).

Fra gli altri effetti relativi ai beni, prodotti dalla separazione personale, ei sono pure da notarsi: 1° il diritto conferito alla moglie che l'abbia ottenuto contro il marito di domandare la separazione della sua dote dai beni del marito (art. 1418), il che gliene attribuisce la libera amministrazione, come dei beni parafernali (art. 1424); 2° lo scioglimento della comunione dei beni fra i coniugi, qualunque sia quello dei due che ha ottenuto in proprio favore la sentenza di separazione (art. 1441).

232. Cessazione della separazione.

Una volta pronunciata la separazione, la sua durata è indefinita: la sentenza del tribunale non le può fissare nessun termine: i soli che possono porvi fine sono i coniugi stessi, i quali possono di comune accordo farne cessare gli effetti, o con una espressa dichiarazione, o col fatto della coabitazione, senza che sia necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria

Digitized by Google

(art. 157) La legge non domanda adunque altro che il semplice fatto della riconciliazione: e ciò perchè ha creduto che, esigendo pel ravvicinamento dei coniugi le molte e complicate formalità di un procedimento giudiziario, sarebbe lo stesso che mettervi ostacolo, e sovente renderlo impossibile. Qui, come si vede, si è fatta una deroga alla massima di diritto, secondo la quale, *nihil tam naturale est quam eodem genere quidquam dissolvi quo colligatum est.*

Quanto al modo di provare la riconciliazione avvenuta, la legge non traccia norma alcuna. Senza dubbio, quando i due coniugi ne abbiano fatta espressa dichiarazione al Presidente del tribunale, si ha una prova incontestata: ma nel caso che non si abbia altra circostanza di fatto che la coabitazione, spetta a chi ne nega la realtà l'obbligo di dimostrarla. La legge, favorendo come fa la riunione dei coniugi, non volle determinare per prova le formalità di sorta: ciò che ha deliberato a favore dei coniugi non può essere annullato dalle negazioni dei terzi.

Quanto agli effetti della separazione circa le persone dei coniugi e dei figli, si capisce agevolmente che cessano immediatamente col cessare delle cause che li ha prodotti. Il marito rientra in fatto nel pieno esercizio della potestà maritale e paterna: e la moglie non può far più gli atti che le sono interdetti dall'articolo 134.

Tutte le disposizioni sancite dall'art. 152 a danno del coniuge contro cui sia stata pronunciata la separazione (perdita di lucri dotali, di utili concessi nel contratto matrimoniale, di usufrutto legale, ecc.) sono considerate come non avvenute: ciascuno dei coniugi, colpevole o no, rientra nel pieno godimento delle sue ragioni.

Digitized by Google

Però il principio della reintegrazione dello stato antico dei coniugi mediante la riconciliazione vi sono alcune eccezioni; così la separazione della dote, benchè pronunciata in seguito a sentenza di separazione personale ottenuta dalla moglie contro il marito, non cessa colla riunione dei coniugi: e la comunione dei beni, una volta che sia stata sciolta per lo stesso motivo, non può essere ristabilita senza un atto pubblico (art. 1443). Insomma, la cessazione della separazione, in qualunque modo si compia, anche tacitamente e di fatto, basta sempre a ristabilire i diritti e i doveri che questa avea annullati; ma per rimettere in vigore le convenzioni matrimoniali circa il reggime dei beni occorre un consenso espresso, che deve risultare da prove positive, conformemente al disposto della legge.

FINE.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

delle materie contenute nel presente Volume.

LEZIONE I. — *Della legislazione in generale* . . . Pag. 1

1. Dello Stato.
2. Del Governo.
3. Delle leggi naturali.
4. Delle leggi positive.
5. Doveri morali, doveri giuridici.
6. Quali sono i diversi ufficii del legislatore.
7. Nozione del diritto.
8. Diverse significazioni della parola *Diritto*.
9. Divisione delle scienze giuridiche.
10. Riassunto di quanto precede.

LEZIONE II. — *Della formazione, della promulgazione e dei caratteri della legge* . . . . . Pag. 14

11. Dei tre poteri dello Stato e particolarmente del potere legislativo.
12. Elementi costitutivi di una legge positiva.
13. L'esercizio del potere legislativo.
14. L'intervento della Corona nella proposizione delle leggi.
15. Discussione e deliberazione.
16. La sanzione delle leggi.
17. La promulgazione e la pubblicazione.
18. Della massima che — nessuno deve ignorare la legge.
19. L'osservanza delle leggi.
20. Sussidi per l'applicazione delle leggi.
21. Degli atti incostituzionali e del modo di annullarne gli effetti.
22. Dei decreti e dei regolamenti.
23. Circolari ed altre instruzioni ministeriali

LEZIONE III. — *Della retroattività della legge* . . Pag. 30

24. Della retroattività in generale.
25. Difficoltà di applicazione.
26. Teoria dei diritti acquisiti.
27. Principii regolati dalla non retroattività delle leggi.
28. Di alcune eccezioni al principio della non retroattività.
29. Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile in Italia.
30. Della retroattività in materia penale.
31. Atti di procedura e di competenza.

Digitized by Google

LEZIONE IV. — *Dell'interpretazione e dell'applicazione delle leggi.* . . . . . Pag. 42

32. Nozioni generali.
33. Del diniego di giustizia.
34. Delle diverse specie d'interpretazione giudiziaria e dottrinale.
35. Norme d'interpretazione
36. Dell'interpretazione estensiva e restrittiva.
37. Dell'interpretazione dichiarativa.
38. Dei diversi sussidi per l'interpretazione delle leggi.
39. Della giurisprudenza.
40. Degli usi e consuetudini.
41. Del limite assoluto d'ogni interpretazione.
42. Dell'interpretazione legislativa.

LEZIONE V. — *Come cessi di aver forza la legge positiva.* . . . . . Pag. 60

43. Del progresso nelle leggi.
44. Chi ha il diritto di abrogare le leggi.
45. Carattere dell'abrogazione.
46. Come ha luogo l'abrogazione.
47. Autorità degli usi e consuetudini in materia di abrogazione.
48. Dell'azione degli avvenimenti politici in materia di abrogazione.
49. Delle riforme costituzionali.

LEZIONE VI. — *Delle leggi che regolano lo stato e la capacità della persona* . . . . . Pag. 71

50. Stato, capacità, persona.
51. Degli Statuti personali, e degli Statuti reali.

LEZIONE VII. — *Dell'impero della legge sui beni* . Pag. 86

52. I beni immobili.
53. Distinzione fra beni mobili ed immobili.
54. Delle eccezioni fatte alla regola che i mobili seguono la persona.
55. Dei beni considerati come patrimonio.

LEZIONE VIII. — *Dell'impero della legge sugli atti.* Pag. 99

56. Degli atti in generale.
57. Delle forme estrinseche degli atti fra vivi e d'ultima volontà.
58. Sostanza ed effetti degli atti tra vivi e d'ultima volontà.
59. Della legge che regola la competenza e la forma dei procedimenti.
60. Dell'esecuzione delle sostanze pronunciate da tribunali stranieri.

LEZIONE IX. — *Sanzione delle leggi positive* . . Pag. 116

61. Necessità d'una sanzione.
62. Di una distinzione circa gli effetti prodotti dall'inosservanza delle leggi.

Digitized by Google

63. Dell'azione di nullità e dell'azione di rescissione.
64. Degli atti dichiarati nulli dalla legge.
65. Degli atti contrarii all'ordine pubblico e ai buoni costumi.
66. Dell'azione di nullità.

LEZIONE X. — *La legislazione civile in Italia prima del nuovo Codice* . . . . . Pag. 133
67. La codificazione delle leggi e la scuola storica.
68. Le tradizioni del diritto civile italiano.
69. Il diritto romano nelle leggi vigenti in Italia prima del 1866.
70. Lavori preparatorii e pubblicazione del Codice civile.

LEZIONE XI. — *Della cittadinanza in generale* . Pag. 150
71. Il diritto civile romano e il diritto civile moderno.
72. Della distinzione adottata fra i diritti civili e i diritti politici.
73. Del godimento e dell'esercizio dei diritti civili.
75. Influenza dell'età, del sesso e della salute sull'esercizio dei diritti civili.
76. I diritti civili delle persone morali.

LEZIONE XII. — *Della cittadinanza e del godimento dei diritti civili* . . . . . Pag. 171
77. Degli elementi da cui si desume la cittadinanza.
78. Condizione giuridica dello straniero in Italia.
79. Effetti civili delle condanne penali.

LEZIONE XIII. — *Della perdita e del riacquisto della cittadinanza* . . . . . Pag. 189
80. Del diritto di emigrazione e d'immigrazione.
81. Della rinuncia alla cittadinanza italiana.
82. Della cittadinanza ottenuta in paese estero.
83. Dell'accettazione di uffici pubblici sotto un governo straniero.
84. Della condizione della moglie di chi diviene straniero.
85. Della perdita di cittadinanza per matrimonio.
86. Delle restrizioni che accompagnano la rinuncia alla cittadinanza.
87. Del riacquisto della cittadinanza.

LEZIONE XIV. — *Del domicilio civile e della residenza* Pag. 213
88. Del domicilio in generale.
89. Degli elementi costitutivi del domicilio.
90. Della residenza e della dimora.
91. Dell'unità di domicilio.
92. Del cambiamento di domicilio.
93. Delle persone di cui la legge stessa determina il domicilio.
94. Effetti del domicilio civile e del domicilio politico.
95. Del domicilio elettivo.
96. Dell'elezione di domicilio imposta dalla legge.

Digitized by Google

97. Dell'elezione di domicilio convenzionale e dell'elezione volontaria.

LEZIONE XV. — *Degli assenti in generale e della presunzione di assenza* . . . . . Pag. 241

98. Nozione giuridica dell'assenza.
99. Primo periodo: — la non presenza.
100. Secondo periodo: — la presunzione d'assenza.
101. Delle persone che possono domandare la nomina del curatore.
102. Delle attribuzioni del tribunale nella presunzione d'assenza.
103. Effetti della presunzione di assenza.
104. Come cessa la presunzione d'assenza.

LEZIONE XVI. — *Della dichiarazione d'assenza* . Pag. 256

105. Terzo periodo: — la dichiarazione d'assenza.
106. Condizioni necessarie per domandare la dichiarazione d'assenza.
107. Delle persone che possono domandare la dichiarazione d'assenza.
108. Delle formalità da seguirsi per la dichiarazione d'assenza.
109. Immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.
110. Indole ed effetti del possesso temporaneo dei beni dell'assente.
111. Delle misure con cui la legge tutela i diritti dell'assente.

LEZIONE XVII. — *Dei varii modi con cui finisce la dichiarazione di assenza* . . . . . Pag. 279

112. Quarto periodo: — fine del possesso temporaneo.
113. Immissione nel possesso definitivo per la continuazione dell'assenza.
114. Effetti della immissione sul possesso definitivo dei beni dell'assente.
115. Come può finire la immissione definitiva nei beni dell'assente.
116. Diritti dell'assente reduce dopo la immissione definitiva.
117. Il diritto dei figli o discendenti dell'assente alla restituzione dei beni.

LEZIONE XVIII. — *Degli effetti dell'assenza che sono comuni a diversi periodi* . . . . . Pag. 292

118. Indicazione di questi effetti.
119. Della situazione legale dell'assente nei vari periodi dell'assenza.
120. Degli effetti dell'assenza circa i diritti eventuali che possono competere all'assente.
121. Condizione dell'assente a cui vantaggio si apre un diritto.
122. Condizioni di cui surroga l'assente nel godimento dei diritti aperti in suo favore.
123. Diritto di rappresentazione circa le ragioni eventuali dell'assente.
124. Diritto dell'assente di cui venga a constare l'esistenza.

Digitized by Google

125. Effetti dell'assenza sul matrimonio dell'assente.
126. Effetti dell'assenza sulla tutela o cura dei figli minori dell'assente.

LEZIONE XIX. — *Della parentela, dell'affinità e delle principali conseguenze giuridiche che ne derivano.* Pag. 311
127. Motivi del titolo della parentela e dell'affinità.
128. Della parentela in generale.
129. Della linea retta.
130. Della linea collaterale.
131. Dell'affinità.
132. Effetti giuridici della parentela e dell'affinità.

LEZIONE XX. — *Del matrimonio in generale e delle promesse di matrimonio* . . . . . Pag. 331
133. Nozione e carattere del matrimonio.
134. Dei sistemi legislativi sul matrimonio già vigenti in Italia.
135. Dei sistemi proposti per la nuova legislazione: — sistema misto.
136. Sistema del matrimonio facoltativo.
137. Altri sistemi.
138. Delle promesse di matrimonio.

LEZIONE XXI. — *Delle qualità e condizioni che si richiedono per contrarre matrimonio* . . . Pag. 346
139. Della capacità in generale.
140. Dell'età richiesta per contrarre matrimonio.
141. Della libertà di stato dei contraenti.
142. Del consenso dei futuri sposi.
143. Del consenso di coloro a cui i contraenti sono soggetti.
144. Del rifiuto di consenso.

LEZIONE XXII. — *Delle condizioni speciali per contrarre matrimonio* . . . . . Pag. 366
145. Distinzione fra le condizioni generali e le condizioni speciali.
146. Dell'impedimento risultante dalla parentela e dall'affinità.
147. Dell'impedimento risultante da un reato contro uno dei coniugi.
148. Dell'impedimento risultante dalla vedovanza della donna.
149. Del matrimonio di persone vincolate da ordini sacri.
150. Il matrimonio del Re e della famiglia reale.

LEZIONE XXIII. — *Delle formalità preliminari del matrimonio.* . . . . . Pag. 388
151. Delle pubblicazioni in generale.
152. Delle condizioni necessarie per la richiesta delle pubblicazioni.
153. Come e dove si eseguiscono le pubblicazioni.
154. Della dispensa dalle pubblicazioni.
155. Della consegna di documenti.

Digitized by Google

LEZIONE XXIV. — *Delle opposizioni al matrimonio* Pag. 404
156. Delle opposizioni in generale.
157. Quali persone e per quali motivi possono fare opposizione.
158. Dell'opposizione officiosa.
159. In quali forme l'opposizione dev'essere fatta.
160. Effetti della opposizione. Come può esser rimossa.

LEZIONE XXV. — *Della celebrazione del matrimonio* Pag. 423
161. Della celebrazione del matrimonio.
162. Del Comune in cui si deve celebrare il matrimonio.
164. Delle forme della celebrazione.
166. Del rifiuto di celebrazione per parte dell'ufficiale dello stato civile.

LEZIONE XXVI. — *Del matrimonio del cittadino in paese estero e degli stranieri nel regno* . . . . Pag. 437
167. Del matrimonio celebrato fuori dello stato a cui si appartiene.
168. Con quali forme dev'essere celebrato il matrimonio dei cittadini all'estero.
168. Della capacità delle persone che contraggono matrimonio all'estero.
169. Delle formalità che precedono i matrimonii contratti all'estero.
170. Della trascrizione nei registri dello stato civile dei matrimonii contratti all'estero.
171. Come si prova il matrimonio contratto all'estero.
172. Del matrimonio dello straniero nel Regno.

LEZIONE XXVII. — *Delle domande per nullità di matrimonio* . . . . . Pag. 458
173. Teoria della nullità in materia di matrimonio.
174. Dei matrimonii nulli di pien diritto e delle persone che possono domandare la nullità.
175. Delle cause per le quali si può impugnare un matrimonio nullo di pien diritto.
176. Delle nullità relative: 1° Della mancanza di consenso degli sposi.
177. Del matrimonio dell'interdetto.

LEZIONE XXVIII. — *Delle domande per nullità di matrimonio* (segue) . . . . . Pag. 477
178. Delle nullità relative: 2° Dell'errore nella persona.
179. Conseguenze delle nullità per mancanza di consenso, o per errore nella persona.
178. Della nullità per impotenza.
179. Della nullità per mancanza del consenso delle persone cui gli sposi erano soggetti.
181. Delle nullità assolute, ma temporanee: — 1° della incompe-

Digitized by Google

tenza dell'ufficiale dello stato civile e della mancanza dei testimonii.
182. 2° Della nullità che risulta dalla impubertà degli sposi.

LEZIONE XXIX. — *Dei matrimonii putativi, delle prove del matrimonio* . . . . . Pag. 494
183. Effetti dei matrimonii nulli e annullati.
184. Dei matrimoni putativi.
185. Disposizioni penali.
186. Dei diversi modi di prova della celebrazione del matrimonio.
187. Della prova risultante dei registri dello stato civile.
188. Della prova risultante da documenti e scritti domestici e da testimoni.
189. Della prova risultante da un processo penale.
190. Prova risultante dal possesso di stato di figli legittimi in certe condizioni determinate.

LEZIONE XXX. — *Dei doveri e dei diritti dei coniugi fra di loro* . . . . . Pag. 512
191. Delle obbligazioni generali che nascono dal matrimonio.
192. Dei diritti e dei doveri che sono comuni ai due coniugi: 1° della coabitazione.
193. Doveri e diritti dei coniugi: — 2° della fedeltà.
194. Doveri e diritti dei coniugi fra di loro: 3° Dell'assistenza
195. Della potestà maritale.
196. Dell'autorizzazione maritale e delle discussioni cui diede luogo.

LEZIONE XXXI. — *Dei diritti e dei doveri dei coniugi fra di loro* (segue) . . . . . Pag. 534
197. Dei motivi su cui la legge ha fondata l'incapacità della donna.
198. Degli atti che la donna non può fare senza l'autorizzazione materiale.
199. Degli atti giudiziali che sono proibiti alla donna maritata.
200. Degli atti pei quali l'autorizzazione del Tribunale può supplire quelli del marito.
201. Degli atti pei quali l'autorizzazione del marito non può essere surrogata da quella del Tribunale.
202. Degli atti pei quali è sempre necessario l'intervento del Tribunale.
203. Degli atti che la donna può fare senza l'autorizzazione del marito.
204. Dei casi in cui la moglie è svincolata dall'obbligo dell'autorizzazione maritale.
205. Quando e come è data l'autorizzazione maritale.
206. Effetti dell'autorizzazione maritale e nullità che derivano dalla mancanza di essa.

Digitized by Google

LEZIONE XXXII. — *Dei diritti e dei doveri reciproci dei genitori e dei figli e del diritto agli alimenti fra parenti* . . . . . Pag. 564

207. Carattere dei doveri dei genitori verso la prole.
208. Dell'obbligo degli ascendenti.
209. Della sanzione che garantisce l'obbligo dei genitori verso la prole.
210. Del matrimonio e del collocamento dei figli.
211. Del debito alimentare in generale.
212. Delle persone che si devono reciprocamente l'obbligo degli alimenti.
213. Dell'ordine da seguirsi tra le persone che sono tenute al debito alimentare.
214. Della misura del debito alimentare.
215. Come si può soddisfare il debito alimentare.

LEZIONE XXXIII. — *Del divorzio e della separazione in generale e dei motivi pei quali è ammessa la separazione* . . . . . Pag. 590

216. Del divorzio e degli argomenti con cui è combattuto.
217. Esame degli argomenti con cui si combatte il divorzio.
218. Dello scioglimento del matrimonio.
219. Della separazione dei coniugi.
220. Dell'adulterio.
221. Degli eccessi, sevizie, minaccie e ingiurie gravi.
222. Dell'abbandono volontario.
223. Della separazione per condanna criminale.
224. Della separazione per mutuo consenso.

LEZIONE XXXIV. — *Del procedimento relativo alla separazione e degli effetti che essa produce* . . Pag. 616

225. Della formalità della domanda e del Tribunale competente.
226. Dei preliminari di conciliazione.
227. Delle misure temporanee e conservatorie.
228. Del giudizio di separazione e dei mezzi di prova che i coniugi possono addurre.
229. Della sentenza.
230. Effetti della separazione personale.
231. Effetti della separazione personale circa i beni.
232. Cessazione della separazione.

ERRORI TIPOGRAFICI

Questo volume essendo stato stampato senza che l'Autore potesse vigilare da vicino la correzione, contiene diversi errori di stampa pei quali si domanda l'indulgenza del lettore.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google